CORSO

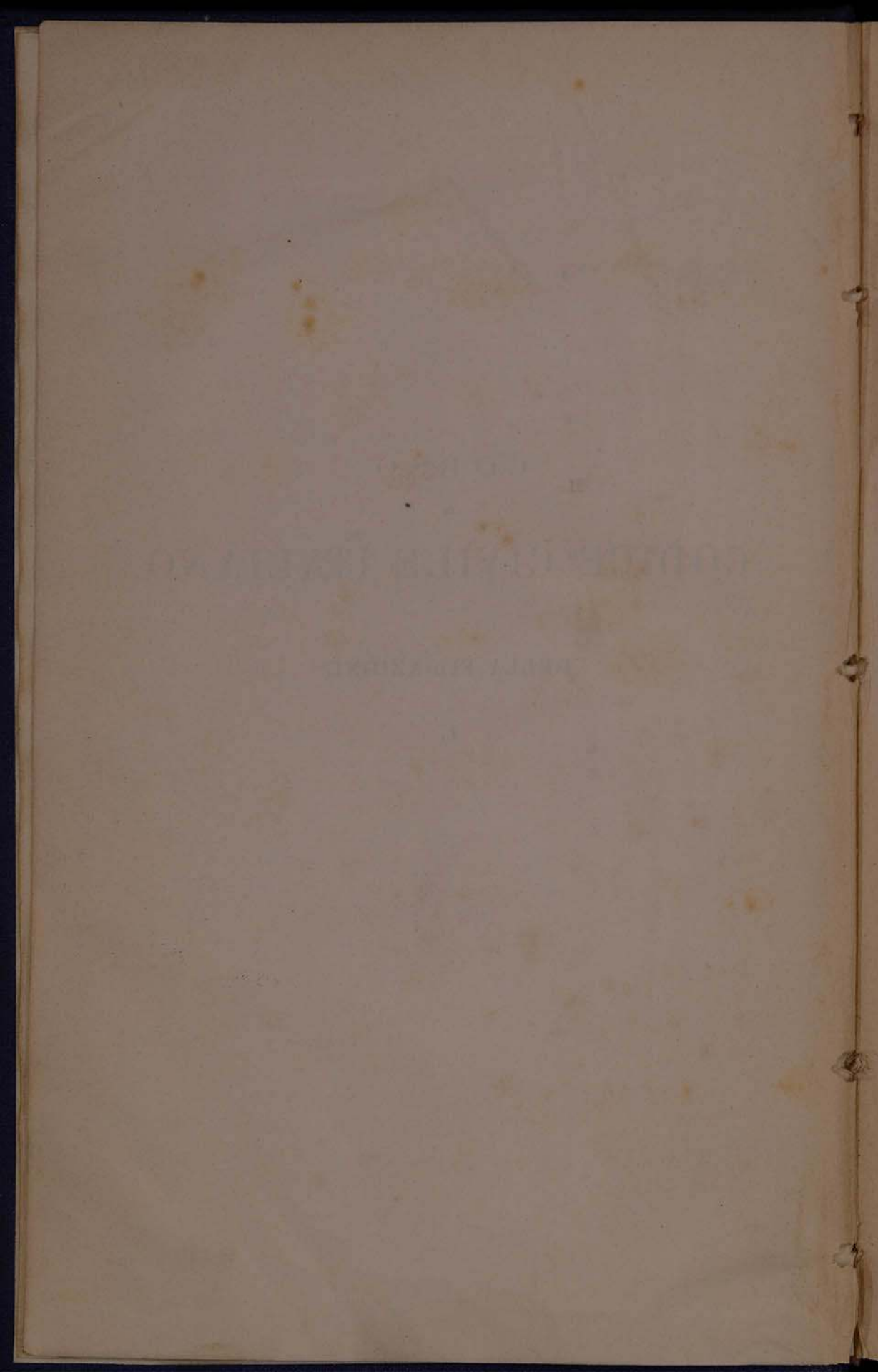
DI

CODICE CIVILE ITALIANO

DELLA FILIAZIONE

I.

CORSO

DI

CODICE CIVILE ITALIANO

DELL'AVVOCATO

FRANCESCO SAVERIO BIANCHI

Professore emerito di Diritto civile
Presidente di Sezione del Consiglio di Stato, Senatore del Regno

---

DELLA FILIAZIONE

SPIEGAZIONE DEL TITOLO VI DEL LIBRO I

Seconda edizione ampliata

VOLUME SESTO

PARTE I.

Della filiazione della prole concepita o nata durante il matrimonio

(Spiegazione dei Capi I e II del Titolo VI, Libro I)

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
28 — Corso Raffaello — 28
NAPOLI — ROMA — MILANO
1902

Titolo VI.

DELLA FILIAZIONE

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 1. Idee generali intorno alla filiazione, alle diverse sue specie ed agli effetti civili che la legge vi annette. Partizione della materia.

1. Il vincolo giuridico che congiunge il padre e la madre al figlio, e questo a quelli, prende il nome di *paternità*, *maternità*, *filiazione*, secondo che si considera lo stato personale del padre o della madre nei loro rapporti col figlio, o lo stato del figlio ne' suoi rapporti coi genitori. E poichè tali rapporti sono necessariamente *correlativi*, essi tutti possono quindi comprendersi sotto la sola e generica parola di *filiazione;* la quale poi si può distinguere in *paterna* e *materna*, secondochè si considera la relazione giuridica tra padre e figlio, o quella tra madre e figlio.

I rapporti di paternità, o maternità, e di filiazione, possono essere opera della natura, od essere il risultato d'una pura finzione legale.

Nel primo caso il vincolo giuridico, lo stato personale di filiazione, procede dal fatto della generazione, a cui si aggiunge la virtù della legge, o per consacrare quel vincolo ed attribuirgli la più grande estensione di effetti (come avviene per la *filiazione della prole concepita o nata durante il matrimonio*) o per parificarlo, col sussidio d'una *finzione giuridica*, a quello che nascerebbe dalla procreazione in costanza di matrimonio (ciò che si verifica nel caso della *legittimazione*) o finalmente per attribuire certi effetti civili anche alla *filiazione della prole nata fuori di matrimonio.*

Nel secondo caso invece il vincolo giuridico, non fondandosi sopra il fatto naturale della generazione, procede

unicamente dalla disposizione della legge, appoggiata ad un fatto volontario dell'uomo da essa autorizzato, ed a cui possono convenientemente applicarsi almeno in parte gli stessi effetti civili d'una vera filiazione; come accade nei casi di *adozione.*

Da ciò deriva l'altra distinzione della filiazione in *legittima, naturale* e *adottiva.* La prima ha caratteri di *naturale e civile* ad un tempo; la seconda è *puramente naturale per la causa* da cui deriva, sebbene sia suscettibile di produrre anche determinati *effetti civili;* la terza infine è *puramente civile.*

La filiazione è *legittima* quando si fonda sui rapporti naturali della generazione ed insieme sullo stato coniugale dei genitori, ovvero sopra un fatto giuridico che dalla legge sia equiparato per questo effetto al detto stato, nel quale il genitore veramente non si trovi. E sotto questo aspetto si suddivide la filiazione in *legittima d'origine* (art. 159, 160, 161 cod. civ.) e *per legittimazione* (art. 194 cod. civ.).

Essa è *naturale* quando procede dal commercio tra due persone non congiunte in matrimonio; e si suddistingue poi in *naturale, semplice, adulterina* e *incestuosa* (art. 179, 180 cod. civ.).

Da ultimo è *adottiva* quando deriva dall'adozione; e *per finzione di legge* è parificata, entro certi limiti dalla legge medesima stabiliti, alla filiazione legittima (art. 210 al 212 cod. civ.).

Della filiazione legittima, della naturale e dell'adottiva non sono uguali gli effetti civili.

Alla prima soltanto è attribuita dalla legge la pienezza dei diritti civili dipendenti dallo *stato di famiglia.*

Alla seconda, come quella che procede da fatto illecito e giustamente riprovato dalla legge, sono attribuiti effetti civili più limitati, e in grado differente secondochè si tratti di filiazione *naturale* semplice, ovvero *adulterina* od *incestuosa.* Nè solamente a danno dei genitori illegittimi sono così ristretti gli effetti della filiazione, in confronto di quelli

che sono attribuiti alla filiazione legittima, ma ancora quanto ai figli stessi; pei quali se non è colpa ma sventura l'esser nati da relazioni illecite, tuttavia non è questa una ragione sufficiente perchè la legge debba elevare al medesimo grado nei rapporti civili, come uno stato ch'essa deve onorare e proteggere, così del pari quello che sia frutto di rapporti riprovevoli, o molto più di fatti che, come la filiazione adulterina o incestuosa, costituiscono la violazione de' più sacri principii di morale e delle più essenziali guarentigie del buon ordine nelle famiglie e nella società.

Alla *filiazione adottiva* poi, che in un senso generale potrebbe essa pure chiamarsi *legittima*, sono assegnati dalla legge effetti più limitati di quelli che derivano dalla filiazione propriamente detta legittima; più limitati, sia quanto ai diritti ed alle obbligazioni che ne nascono, sia quanto alle persone tra cui questi diritti e queste obbligazioni sorgono. Intorno a tutti i quali punti riserbiamo un più ampio svolgimento alle sedi opportune.

Dalle cose finora esposte, discenderebbe naturale la divisione della materia di questo titolo in tre capi: l'uno dei quali trattasse *della filiazione legittima*, l'altro *della filiazione naturale*, il terzo *della filiazione adottiva*. Ma poichè questo ultimo argomento è trattato dal nostro codice in titolo separato, considerando forse che lo stato di filiazione adottiva, fondato unicamente sopra una finzione giuridica, si scosta completamente da quello dipendente dalla relazione naturale della generazione, non avvi necessità nè opportunità di allontanarsi in ciò dall'ordine preferito dal legislatore.

CAPO I.

Della filiazione legittima

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 2. Principii direttivi in questo argomento. Partizione della materia.

2. Essendo veramente legittima la filiazione solo quando sia avvenuta in costanza di matrimonio, ne deriverebbe che per *figlio legittimo* dovesse intendersi unicamente *quello che fosse concepito da donna maritata, durante il matrimonio* e *per opera del marito*. Pertanto le condizioni essenzialmente costitutive dello stato di legittimità sarebbero le seguenti: 1° *dimostrazione della maternità*, pel che occorrerebbe la constatazione, non solo del parto avvenuto, ma anche della *identità del figlio; 2° dimostrazione che il concepimento fosse accaduto mentre la madre era legata in matrimonio*, al qual uopo non basterebbe provare l'esistenza dell'atto civile di matrimonio, ma bisognerebbe eziandio determinare con certezza il *tempo del concepimento; 3° dimostrazione della paternità del marito*, provando che il concepimento fosse veramente avvenuto per opera di lui. E stante il principio elementare che chi allega un fatto giuridico, facendone fondamento alle proprie azioni, difese od eccezioni, ha l'onere di somministrarne la prova, e che qualora quel fatto giuridico si componga di più elementi parziali e sostanziali, deve ciascuno di essi essere distintamente provato; ne seguirebbe spettare a chi appoggiasse le proprie azioni od eccezioni allo stato di filiazione legittima, l'obbligo di dimostrare il concorso completo delle accennate tre condizioni costitutive. Ora, se una prova positiva e diretta è perfettamente possibile rispetto alla

prima delle ridette condizioni, vale a dire la *maternità*, ed anche rispetto alla seconda per quanto concerne l'esistenza civile del matrimonio, resisterebbero al contrario le leggi stesse di natura a poter accertare con prove gli altri due elementi, del tempo nel quale siasi verificato il concepimento e della paternità del marito. Eppure non era ammissibile che il legislatore si dispensasse dal dettare su tale proposito regole certe, le quali erano necessarie evidentemente per l'interesse de' figli, per l'onore delle madri, per la tranquillità delle famiglie e quindi per l'ordine sociale; nè sarebbesi potuto, senza incontrare i più gravi e più funesti pericoli, commettere l'accertamento della legittimità dei figli alle dichiarazioni dei genitori od al potere discretivo dei magistrati, i quali non potrebbero fondare le loro decisioni in tale proposito che sovra congetture, sovra semplici *presunzioni di fatto*. Fu dunque una necessità il ricorrere, come si fece, al rimedio delle *presunzioni legali*.

Quali sono queste presunzioni, e su quali atti o fatti fondate? Ammettono esse, e in quali casi, la possibilità delle prove contrarie? Quali sono le azioni esercibili relativamente allo stato di filiazione legittima? Quali, in fine, sono i mezzi speciali di prova ammessi dalla legge per la filiazione legittima, a differenza della filiazione naturale? Sono questi i sommi capi delle principali ricerche necessarie in questo grave argomento; e vi corrisponderanno altrettante sezioni nelle quali sarà diviso il presente capo.

Frattanto gioverà ricordare che, sebbene a base dello stato di legittimità dei figli debba stare generalmente il *matrimonio valido* in cui siano congiunti i loro genitori (sicchè, come già abbiamo notato, chi pretenda allo stato di figlio legittimo deve anzitutto provare che sia stato contratto matrimonio valido tra l'uomo e la donna di cui si dice figlio) pure, per eccezione, la nullità di tale matrimonio che fosse opposta, dimostrata e dichiarata, non nuocerebbe allo stato legittimo de' figli nati da quella

unione, qualora si trattasse d'un matrimonio *putativo*, contratto cioè *in buona fede* da uno almeno de' coniugi (art. 116 cod. civ.).

Sezione I.

Delle presunzioni sulle quali si fonda lo stato di filiazione legittima.

Sommario. — 3. Cenni generali intorno a queste presunzioni. Divisione della materia. — 4. A) Come si stabilisca il tempo del concepimento. — 4 *bis*. Come si computino i termini fissati a tale proposito dalla legge. — 5. B) Motivi del principio generale risguardante la presunzione della paternità legittima. — 6. Sistema adottato dal nostro codice riguardo al caso che il figlio *concepito prima del matrimonio* sia *nato in costanza* di esso. — 6 *bis*. Se in tal caso il figlio debbasi considerare come *legittimo* o come *legittimato*.

3. Come osservammo nel numero precedente, eranvi due punti essenziali per lo stato di filiazione legittima, intorno ai quali, essendo per legge di natura impossibile ottenerne conoscenza certa, diveniva quindi necessario il soccorso di presunzioni legali. Questi erano la *paternità* ed il *tempo del concepimento*. Annunziare che la legge ha provveduto alla prova di questi due punti di fatto col mezzo di *presunzioni* da essa medesima stabilite, è quanto dire che si è giovata di *fatti noti* per risalire, col dedurne le conseguenze, ai *fatti ignoti* che si trattava di accertare (art. 1349 cod. civ.); e ci sarà ben facile il riconoscere che così effettivamente avvenne.

Quale sarà il carattere proprio di tali presunzioni? Dovranno esse considerarsi come *assolute* (*juris et de jure* secondo il linguaggio forense), tali cioè da non poter ammettere veruna prova in contrario? Ovvero dovranno risguardarsi come *presunzioni semplici* (*juris tantum*) sicchè possa addursi la prova contraria, per distruggerle ed impedirne gli effetti? È chiaro come sarebbe prematuro il voler rispondere ora a questo quesito; la cui soluzione deve dipendere naturalmente dal conoscere, avanti tutto, in che precisamente consistano quelle presunzioni, e quale

sia stato lo spirito della legge nello stabilirle, poichè da ciò soltanto possono trarsi argomenti per ritenere che sia stata volontà del legislatore di renderle *assolute* o di considerarle come *semplici*. Di ciò pertanto ci riserbiamo di occuparci nella successiva sezione.

Frattanto discendiamo senz'altro ad esaminare separatamente le presunzioni colle quali la legge ha provveduto all'accertamento del *tempo del concepimento* e della *paternità*. E comincieremo da quello, perchè il tempo del concepimento costituisce esso medesimo un elemento della presunzione della paternità; ond'è che quest'ordine riesce più logico per un'esposizione dottrinale. Il codice invece, procedendo naturalmente con tutt'altre viste che quelle di una dimostrazione teorica, comincia dallo stabilire la massima fondamentale, che il " marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio „ (art. 159 cod. civ.), per passar poi nel successivo articolo a determinare quando si presuma concepito il figlio durante il matrimonio.

4. A) In ordine al tempo del concepimento, la legge non aveva nè poteva avere altro *fatto noto*, da cui partire per fondarvi le sue presunzioni, fuorchè il *tempo della nascita*. Risalendo da questo al tempo anteriore, per ricercarvi il momento del concepimento, essa non incontrava più che il mistero di cui la natura volle circondare il fenomeno della generazione, e in mezzo a tanta oscurità, solo lume, le osservazioni della scienza; le quali, riconosciuto come la natura non avesse assegnato un termine costantemente uniforme alla gestazione, potevano solo insegnare quali fossero i termini massimo e minimo supponibili nella durata di essa. Giovandosi appunto di queste osservazioni, ed applicandole con larghezza in favore della legittimità, il legislatore s'indusse a fissare la presunta durata della gestazione in *centottanta* giorni per le nascite anticipate, ed in *trecento* giorni per le tardive. Così, risalendo dal giorno della nascita al tempo anteriore, s'incontrava uno spazio

di *centoventi giorni, fra il trecentesimo e il centottantesimo avanti la nascita,* in ciascun momento dei quali era da ammettersi la possibilità che fosse avvenuto il concepimento. E questa possibilità bastava per doverla rivolgere a vantaggio del figlio; ritenendolo cioè concepito in quell'istante qualunque, di detto tempo intermedio fra i trecento e i centottanta giorni avanti la nascita, che meglio giovasse all'interesse di lui, in quell'istante in cui avesse potuto farsi luogo per lui all'acquisto di un certo stato civile, o all'aprimento d'un determinato diritto in suo favore.

Applicando questa presunzione alla specialità dello stato di filiazione legittima, pel cui acquisto sarebbe normalmente necessario, come vedemmo, d'essere stato *concepito durante il matrimonio;* il legislatore doveva stabilire che il *figlio si presumesse concepito in quell'istante qualunque del tempo intermedio tra il trecentesimo e il centottantesimo giorno avanti la nascita, in cui avesse potuto esserlo in costanza di matrimonio della madre sua e per opera del marito.* Corrisponde effettivamente a questo concetto la disposizione dell'art. 160 del codice civile così espresso:

" Si presume concepito durante il matrimonio il figlio
" nato non prima di centottanta giorni dalla celebrazione
" del matrimonio, nè dopo trecento dallo scioglimento od
" annullamento di esso ".

Dicemmo non essersi fatto con questa disposizione altro che applicare alla specialità della filiazione legittima una presunzione generale; perchè consideriamo la riferita massima, riguardante il tempo del concepimento, non come ristretta a questa sola specialità della filiazione legittima, ma come estendibile ugualmente a qualunque caso in cui, per l'acquisto di qualsivoglia diritto, sia necessario determinare se fosse almeno concepita la persona non ancora nata al tempo in cui quel diritto si apriva. In ogni caso somigliante, sarebbe invero inammissibile che si abbandonasse all'incertezza ed all'arbitrio la determinazione del momento in cui potesse ritenersi avvenuto il concepimento;

e molto più sarebbe strano che si permettesse di considerare come durata la gestazione per un tempo maggiore del massimo o minore del minimo che si è ritenuto come possibile in rapporto alla legittimità della filiazione. Tutto ciò condurrebbe manifestamente ad urtare in quei medesimi scogli che si vollero evitare colla citata presunzione; e si incorrerebbe nell'assurdità di dimenticare come sia impossibile di accertare il tempo preciso del concepimento, che la natura nascose sotto un velo impenetrabile. C [illegible], per esempio, qualora si trattasse di determinare se al tempo dell'apertura d'una successione fosse già concepita la persona che vi fosse chiamata (art. 724 n. 1 cod. civ.) dovrebbesi applicare intieramente in tutta la sua forza e con tutti gli ordinari suoi effetti la stessa presunzione che la legge ha stabilita nel citato articolo 160.

Ritornando ora alla specialità di questa disposizione riguardo alla filiazione legittima, è da notare avanti tutto come vi sia parificato il caso di *annullazione* a quello di *scioglimento* del matrimonio; statuendo non presumersi concepito durante il matrimonio il figlio *nato dopo trecento giorni dallo scioglimento o annullamento di esso*. Ciò si spiega agevolmente colle teorie che altra volta svolgemmo intorno al *matrimonio putativo*. Il matrimonio annullato, quando sia stato contratto in buona fede da uno almeno dei coniugi, *conserva bensì pel passato tutti gli effetti civili di matrimonio valido*, i quali sarebbersi verificati ed avrebbero dato luogo a diritti acquisiti nell'intervallo tra la celebrazione del matrimonio e la dichiarazione giudiziale di sua nullità: e specialmente mantiene lo stato di filiazione legittima in favore dei figli già concepiti prima dell'annullazione del matrimonio dei genitori (art. 116 cod. civ.). Ma una volta pronunciato l'annullamento, il matrimonio dovendosi considerare come se fosse sciolto, non può certamente produrre più l'effetto della legittimità dei figli che fossero concepiti posteriormente. E si reputa appunto che il concepimento sia posteriore, se la nascita avviene

dopo trecento giorni dall'annullazione del matrimonio dei genitori.

4 *bis*. Tra gli autori Francesi si nota una grave divergenza di opinioni intorno al *modo di computare i termini* per la massima e minima durata della gestazione, presunta dalla legge.

Avvi però, innanzi tutto, una massima sulla quale ognuno è d'accordo, la qual massima non è altro che l'applicazione delle regole comuni circa la computazione dei termini fissati dalla legge *in un dato numero di giorni;* e consiste in ciò, che quei termini debbano contarsi non *per ore* ma appunto *per giorni*, ritenuto il *giorno legale*, cioè uno spazio di ventiquattro ore da mezzanotte a mezzanotte (1). Ma vi è invece una grande dissensione quanto a decidere se debbasi o no calcolare nei termini stabiliti dalla legge, il giorno in cui il termine comincia (*dies a quo*), quello cioè della *celebrazione* o dello *scioglimento* od *annullamento* del matrimonio, e il giorno in cui il termine finisce (*dies ad quem*) vale a dire *quello della nascita* del figlio.

Vorrebbero alcuni che il giorno in cui il termine comincia *vi si contasse in ogni caso*, sia pel *minimo* che pel *massimo* della gestazione, e vi si contasse parimente il giorno in cui il termine finisce; sicchè sarebbe *legittimo* il figlio che nascesse nel *centosettantanovesimo giorno dopo quello in cui fu celebrato il matrimonio*, ma sarebbe *illegittimo* chi nascesse *nel trecentesimo giorno dopo lo scioglimento del matrimonio stesso* (2).

Altri al contrario escluderebbero il giorno in cui comincia il termine, tanto dal *massimo* quanto dal *minimo* della gestazione; ma dal *massimo* escluderebbero anche il giorno in cui il termine finisce, mentre lo vorrebbero contato nel

---

(1) V. Aubry et Rau, t. VI, § 545, 1°, n° 5.

(2) V. Toullier, t. II, n. 791, 792; Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, ch. I, sect. 1re, § 2, pag. 26; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 418.

minimo (1). Secondo questa opinione sarebbe dunque *illegittimo* il figlio nato il centosettantanovesimo giorno dopo quello della celebrazione del matrimonio, ma sarebbe *legittimo* chi nascesse nel *trecentesimo giorno dopo lo scioglimento del matrimonio.*

Altri infine insegnano doversi contare o no il giorno in cui il termine comincia, secondo che giovi all'interesse del figlio per la sua legittimità; ritengono quindi doversi comprendere nei *centottanta* giorni del minimo della gestazione anche *quello della celebrazione* del matrimonio, ma non doversi comprendere nei *trecento* giorni *quello dello scioglimento;* ammettono poi sempre nel calcolo come *giorno intiero* quello della *nascita* del figlio. Questi pertanto sarebbe legittimo nascendo anche *in principio del centosettantanovesimo* giorno *dopo la celebrazione* del matrimonio, e sarebbe pure legittimo nascendo nel trecentesimo giorno *dopo lo scioglimento* del matrimonio (2).

In mezzo a questa differenza di opinioni, sembra però che il nostro codice offra elementi abbastanza chiari per risolvere con sicurezza il quesito. Non par da dubitare che, secondo il codice Italiano, debbasi applicare anche nella soggetta materia il principio comune che: *dies a quo non computatur in termino.*

Infatti per ciò che risguarda le nascite precoci, l'art. 160 dichiara: presumersi concepito durante il matrimonio, e ritenersi quindi legittimo " il figlio nato non prima di 180 giorni *dalla celebrazione del matrimonio* „ e l'art. 161 soggiunge poi più chiaramente che " se il figlio è nato " prima che siano trascorsi 180 giorni *dopo il matrimonio* „ non si ha per concepito durante il matrimonio, ma tuttavia si considera come legittimo se il marito non disco-

---

(1) V. Zachariae, t. II, § 546, n. 1, n[e] 3, 4, 5, e n. 2, n[e] 30, 31, 32 (2[a] edizione, Bruxelles); Valette sur Proudhon, l. c., *a*), n[a] 2; Demolombe, t. V, n. 19, s.; Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, t. II, n. 38 e 38 *bis*, II; Aubry et Rau, t. VI, § 545, 1°, n[e] 6, 7, e 2°, n[e] 35, 36.

(2) V. Duranton, t. III, n. 44; Marcadé, art. 312, § II, t. II, n. 5.

nosce la paternità o se gli è vietato di disconoscerla per una delle cause eccezionali successivamente contemplate nel medesimo articolo. Il che tutto dimostra dunque manifestamente come il giorno della celebrazione del matrimonio non si conti nel termine, ma sia solamente *dopo quel giorno* che il termine di centottanta dì comincia a decorrere. Riguardo poi alle nascite tardive, lo stesso articolo 160 ci dice presumersi concepito posteriormente al matrimonio il figlio nato " *dopo trecento giorni dallo scio-" glimento od annullamento di esso* "; e l'art. 169 soggiunge potersi impugnare la legittimità del figlio *nato trecento giorni dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio.* Donde emerge pertanto che il giorno dello scioglimento od annullamento predetto non si conta nel termine, decorrendo questo solamente *dopo il giorno di tale scioglimento od annullamento.*

Quanto al *dies ad quem*, cioè a quello della nascita, l'articolo 160 mostra di *comprenderlo nella massima durata della gestazione* che lascia luogo ancora alla legittimità del figlio; poichè dichiara questo legittimo quando sia *nato non dopo trecento giorni* dallo scioglimento od annullamento del matrimonio, cioè quando sia nato *entro il trecentesimo giorno* dopo quello di tale scioglimento od annullamento. Il che rende manifesto esservi legittimità quando tra lo scioglimento del matrimonio e la nascita del figlio (non compreso quel giorno ma computandovi questo) siano scorsi trecento giorni o meno; esservi al contrario illegittimità qualora tra il dì dello scioglimento del matrimonio e quello della nascita del figlio (non computati nè l'uno nè l'altro) siano scorsi *trecento giorni intieri;* al qual concetto si conforma poi anche l'espressione dell'art. 169, dicendo *potersi impugnare la legittimità del figlio* NATO TRECENTO GIORNI DOPO LO SCIOGLIMENTO O L'ANNULLAMENTO DEL MATRIMONIO. All'opposto *per la minima durata della gestazione, non si comprende nel termine* dei centottanta giorni il *dies ad quem*, cioè quello della nascita del figlio. Ciò risulta dallo stesso

art. 160, dove è dichiarato legittimo il figlio nato *non prima di* 180 *giorni* dalla celebrazione del matrimonio; poichè chi venisse alla luce *entro il centottantesimo giorno* dovrebbesi dire *nato prima di centottanta giorni* da tale celebrazione. Ma se pure qualche dubbio potesse rimanere sarebbe esso tolto dalla successiva disposizione dell'art. 161; laddove, parlando di chi sia *concepito prima del matrimonio* e dei casi ne' quali è tuttavia vietato al marito od agli eredi di lui di disconoscerne la paternità, si suppone che il figlio sia *nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dopo il matrimonio.* Ciò infatti dimostra senz'altro che al figlio *nato entro il centottantesimo giorno*, dopo quello della celebrazione del matrimonio, è applicabile il detto articolo 161 e non il precedente 160, cioè ch'egli si reputa *concepito prima del matrimonio;* o in altri termini che il figlio si presume concepito durante il matrimonio solamente quando tra il giorno della celebrazione di esso e quello della nascita (non computati nè l'uno nè l'altro) *siano decorsi centottanta giorni intieri.* Ciò è confermato eziandio dall'altro art. 162; il quale regolando il caso di un figlio concepito bensì durante il matrimonio, ma a cui il marito possa, per cause eccezionali, negare la paternità legittima, esige che le circostanze autorizzanti questa negazione siansi verificate " nel tempo decorso *dal trecentesimo* " *al centottantesimo giorno* PRIMA DELLA NASCITA *del figlio* ".

Riassumendo adunque, abbiamo che secondo il codice Italiano il *dies a quo*, cioè quello della celebrazione, o quello dello scioglimento od annullazione del matrimonio, *non si computa mai nel termine*, sia della minima sia della massima durata della gestazione; che il *dies ad quem*, cioè quello della nascita del figlio, *si computa nel termine della massima* durata della gestazione, ma *non si computa in quello della minima.* Da ciò si scorge come il sistema adottato dal nostro codice in questo argomento differisca da quelli ch'eransi formati in vario senso nella dottrina francese. Nè crediamo difficile giustificarne la ragionevolezza. La

legge avea già usata molta larghezza a favore della legittimità, ammettendo che la durata della gestazione potesse ritenersi al minimo di 180 giorni ed al massimo di 300 giorni. Amiamo di riportare le giuste osservazioni fatte a tale proposito da un celebre autore. " In questa " materia le presunzioni della legge saranno in armonia " colla verità nella sola ipotesi che la gestazione abbia " avuto il termine ordinario di nove mesi; al di qua e al " di là di questo termine, non vi è più che una possibilità, " od al sommo una probabilità. Bisogna confessarlo, ai " limiti estremi delle epoche ammesse dalla legge per la " durata della gestazione più lunga e della più breve, la " presunzione legale si trova il più delle volte in opposi- " zione colla realtà. Un bambino ben costituito, come lo " si è ordinariamente dopo una gestazione di nove mesi, " nasce 180 giorni dopo la celebrazione del matrimonio; " questo bambino sarà presunto concepito durante il ma- " trimonio. Ma questa è una mera finzione della legge, " poichè al certo questo bambino sarà stato concepito " prima del matrimonio. Un bambino nasce il 300^mo giorno " dopo sciolto il matrimonio, senza che porti alcuna " traccia d'una nascita tardiva; egli sarà dunque di fatto " stato concepito dopo lo scioglimento del matrimonio, " benchè in diritto lo si presuma concepito durante il ma- " trimonio, e perciò sarà figlio legittimo del marito, quan- " tunque in verità non gli appartenga „ (1).

Avendo il legislatore voluto, per favorire lo stato di legittimità, spingere le sue presunzioni anche oltre i limiti che nel maggior numero dei casi sarebbero segnati dalla realtà naturale, conveniva almeno premunirsi contro la possibile esagerazione nell'applicare simili presunzioni. Per ottenere ciò bisognava non contare nel termine *minimo* nè il giorno *a quo* nè il giorno *ad quem;* perchè altrimenti, essendo possibile che si fosse celebrato il matrimonio nel-

(1) V. Laurent, t. III, n. 361, pag. 429-430.

l'ultima ora di un giorno, e fosse avvenuta la nascita del figlio nella prima ora del centosettantanovesimo giorno dopo quello, sarebbesi così presunta come sufficiente una gestazione di soli 178 giorni. Bisognava poi, non volendo contare nemmeno nel termine massimo il giorno *a quo*, computarvi almeno il giorno *ad quem;* perchè altrimenti, essendo supponibile che il matrimonio si fosse sciolto nella prima ora d'un giorno e si fosse verificata la nascita nell'ultima ora del trecentunesimo giorno dopo quello, sarebbesi ritenuta possibile la gestazione per fino alla durata di trecentodue giorni. Tale fu la interpretazione che nella prima edizione di questo corso reputammo doversi dare ai testi sopra ricordati del codice Italiano. Nè ci ha persuasi di avere errato una teoria che in senso diverso fu proposta dopo da un pregevole commentatore, il quale opinò che il termine dei 180 o dei 300 giorni debba computarsi non *a giorni* ma *ad ore*, partendo dall'istante in cui sia stato celebrato il matrimonio, od in cui ne sia avvenuto lo scioglimento o l'annullamento. Talchè " sarebbe legittimo il " figlio nato dopo decorse *ore* 4320 da quella in cui la " celebrazione del matrimonio ha avuto luogo, e quello " nato prima che siano scorse ore 7200 dallo scioglimento " od annullamento del matrimonio " (1). Prescindiamo dalla imperfezione di questo sistema in quanto non presterebbesi a poter essere applicato in modo eguale a tutti i casi che vi si vorrebbero comprendere: perchè, se l'ora in cui si è verificata la celebrazione del matrimonio, la morte del padre, la nascita del figlio, risulta accertata in modo autentico dai registri degli atti dello stato civile (art. 352, 374, 387 cod. civ.), non può dirsi altrettanto pel caso di *annullamento* del matrimonio, dovendo la sentenza che lo pronunzia contenere l'indicazione *del giorno, mese, anno e luogo*, ma non dell'ora in cui è pronunziata (art. 360 proc. civ.). Per stabilire se al momento della tardiva na-

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico-pratico di dir. civ.*, vol. I, n. 324, pag. 285-287.

scita del figlio “ fossero scorse, come sostiene il *Ricci*, le 7200 *ore dall'annullamento del matrimonio* „ bisognerebbe dunque ricorrere a prove estrinseche al fine di accertare in quale ora fosse stata pronunziata ed avesse poi acquistato il valore di cosa giudicata la sentenza di annullamento del matrimonio. Ma ben altre e più essenziali obbiezioni si oppongono alla soluzione immaginata dal *Ricci* sulla quistione relativa al computo del tempo della minima e massima durata della gestazione secondo la presunzione di legge. “ Questa presunzione, egli dice, ha il suo fonda-“ mento nella verità delle cose „ e la verità è che “ la “ possibilità del legittimo concepimento comincia dal-“ l'istante in cui il matrimonio è celebrato, e cessa dal “ momento in cui esso è sciolto od annullato „. Ne conchiude perciò che il termine dei 180 o dei 300 giorni debba essere computato *ad ore, e non a giorni interi*. Per verità la deduzione logica dovrebb'essere piuttosto che il termine avesse a calcolarsi *de momento ad momentum*, non *de hora ad horam*; e siccome gli atti dello stato civile accertano quale sia stata l'ora, ma non l'istante preciso della celebrazione d'un matrimonio, d'una nascita, d'una morte, dovendosi determinare il punto in cui comincia e quello in cui finisce il termine fissato dalla legge per la presunzione di legittimità, bisognerebbe ricorrere ad altri mezzi di prova, alle cui possibili incertezze non converrebbe affidare la definizione di un rapporto tanto importante quanto lo è lo stato di filiazione legittima. Lo stesso autore di cui combattiamo la teoria, non si è spinto infatti fino alla conseguenza logica estrema delle sue premesse, non ha preteso cioè che il tempo di 180 e di 300 giorni debba essere computato partendo *dal momento* in cui sia avvenuta la celebrazione, lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio per arrivare fino al momento corrispondente del centottantesimo o del trecentesimo giorno; ma ha sostituito al momento l'*ora* nella quale il matrimonio sia stato celebrato, sciolto, od annullato. E perchè l'*ora*, di cui negli arti-

coli 160, 161, 162, 169 non trovasi fatto il minimo cenno, e non piuttosto *il giorno* di cui questi articoli parlano invece sempre esclusivamente? Delle ore comprese in un termine è stata fatta menzione dal legislatore nell'art. 2133, ma solo per dichiarare che *non ad ore*, ma *a giorni interi* si computa la prescrizione. Il *Ricci* ha preteso che questa disposizione, lungi dal contrariare l'assunto suo, lo favorisca; sostenendo ch'essa contiene *una regola speciale limitata ai soli effetti della prescrizione*. Ci sembra all'opposto che col detto articolo 2133 non siasi fatto che applicare alla prescrizione un principio generale, fondato sulla considerazione, comune per tutti i termini stabiliti dalla legge, che bisognava prevenire le numerose difficoltà che si solleverebbero qualora fosse richiesto l'accertamento dell'istante preciso dal quale dovesse dipendere il cominciamento o la fine di un termine. Ma, prescindendo anche da ciò, il preteso carattere eccezionale dell'articolo 2133 potrebb'essere di ostacolo ad estenderne per analogia l'applicazione al computo del tempo della minima e massima durata presunta della gestazione per gli effetti di determinare lo stato legittimo di filiazione; mentre invece crediamo di aver dimostrato, esaminando la lettera e lo spirito delle disposizioni contenute negli articoli 160, 161, 162 e 169, quali regole positive siansi volute stabilire intorno a ciò dal nostro legislatore, indipendentemente dalla disposizione dell'art. 2133.

5. B) Determinato col mezzo d'una presunzione legale qual sia il tempo in cui debba ritenersi avvenuto il concepimento, restava di stabilire con un mezzo somigliante l'altro elemento, di sua natura incerto, della filiazione legittima, cioè la *paternità*.

I *fatti noti*, dei quali deducendo le conseguenze poteva la legge risalire al fatto ignoto la cui unica prova perfetta possibile consisteva in una *presunzione legale*, erano la *maternità*, il *matrimonio* in cui la madre fosse legata, e l'*esi-*

stenza di questo matrimonio al tempo del concepimento del figlio.

Supponendo provata la *maternità*, provata l'*identità del figlio*, provato lo stato di matrimonio giuridicamente esistente in cui la madre si trovasse costituita, provato infine il tempo della nascita del figlio, e su questa base e col mezzo della presunzione della legge dimostrato il tempo del concepimento, coincidente con quello in cui esistesse il matrimonio contratto dalla madre; diveniva naturale, giusto, necessario per l'ordine delle famiglie e sociale, il dedurne la presunzione che di quel figlio fosse padre il marito. Naturale era questa presunzione, avvegnachè la coabitazione obbligatoria dei coniugi e il reciproco loro dovere morale e giuridico di fedeltà, rendano sommamente probabile la paternità da parte del marito; era giusta, perchè il non ammetterla equivarrebbe a supporre come principio l'infrazione del dovere di fedeltà, un reato; era necessaria infine, perchè senza di essa la sicurezza dello stato personale, la tranquillità e l'ordine delle famiglie, e quindi anche l'ordine sociale stesso, soffrirebbero la più grave perturbazione.

Su queste basi è fondata la grande presunzione, che ammessa da tutte le legislazioni civili, ci è annunciata anche dall'art. 159 del nostro codice nei seguenti termini:

" Il marito è padre del figlio concepito durante il ma-
" trimonio „.

Di essa fu detto molto acconciamente nella relazione *Vigliani:* " La presunzione che sta per la inviolabilità
" del talamo e pel rispetto della fedeltà coniugale e che
" viene avvalorata dalla vita comune degli sposi, fa ri-
" guardare il marito come padre dei figli concepiti da
" sua moglie durante il matrimonio. Questa regola antica
" quanto il matrimonio, ed espressa dai Romani colla
" solenne formola — *pater is est quem nuptiæ demon-*
" *strant* — è dominante nella materia della filiazione
" legittima „.

6. Affermammo ripetutamente che la presunzione di paternità del marito suppone avvenuto durante il matrimonio il concepimento del figlio. A questa idea corrisponderebbe invero il testo del riferito articolo 159; e in essa confermerebbe eziandio il considerare, come uno dei principali fondamenti della presunzione di paternità legittima consista appunto nell'essersi verificato il concepimento del figlio durante il matrimonio contratto dalla madre. Eppure ad un concetto ben diverso accenna l'iscrizione stessa di questo capo *della filiazione legittima*, dove si parla della prole *concepita o nata* durante il matrimonio. E che ad attribuire lo stato di legittimità possa bastare l'esser nato durante il matrimonio de' proprii genitori, ancorchè il concepimento sia stato anteriore alla celebrazione del matrimonio stesso, è poi dimostrato dalla disposizione dell'articolo 161; che, pel figlio *nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dopo il matrimonio*, accorda al marito soltanto un'*azione in negazione di paternità*, ed ancora fa eccezione per alcuni casi tassativamente determinati, nei quali nemmeno quell'azione è ammessa. Così dunque il figlio, che essendo *nato entro i centottanta giorni* dalla celebrazione del matrimonio, non potrebbe, secondo l'art. 160, presumersi concepito durante il matrimonio stesso, è tuttavia considerato come investito dello stato di legittimità; tanto che per privarnelo è necessario al marito di esercitare un'*azione in negazione di paternità*; la quale in certi casi eccezionali gli è anche tolta. È per tal modo giustificata la iscrizione di questo capo della *filiazione legittima*; della quale è attribuito lo stato alla prole, non tanto *concepita*, quanto anche solo *nata durante il matrimonio*. Adottando questo sistema, il codice Italiano seguì l'esempio del codice Francese (art. 314) come anche prima lo avevano seguìto altri codici che avevano avuto vigore in Italia; eccettuati però il Parmense e l'Estense, che consideravano il figlio *concepito e non ancora nato al tempo del matrimonio* come *figlio naturale* soltanto, salvo che dovesse aversi per

legittimato col solo atto del matrimonio e con *effetto retroattivo fino al giorno del concepimento*, quando, per certi fatti espressamente previsti da quelle legislazioni, fosse da reputare che il marito avesse *riconosciuto* quel figlio in modo espresso o tacito (art. 133 cod. Parm., 168 cod. Est.). Il codice Austriaco dichiarava *presumersi illegittimi i figli partoriti da donna maritata prima che fosse cominciato il settimo mese dopo conchiuso il matrimonio;* ma questa presunzione avere luogo " *soltanto quando il marito, il quale* " *ignorava prima del matrimonio la gravidanza della sua* " *sposa, impugni in giudizio di esserne padre, al più tardi* " *entro tre mesi da che ebbe notizia della nascita della prole* „ (cod. Austr., §§ 138, 155, 156). Il che in sostanza equivaleva a dire, *presumersi legittimo*, nei casi contrari, il figlio, sebbene concepito prima del matrimonio, purchè nato in costanza di esso.

6 *bis*. La riferita massima adottata dal codice Italiano lascia tuttavia luogo ad una quistione, già molto vivamente agitata tra gl'interpreti del codice Francese, intorno a determinare quale sia precisamente lo stato attribuito dalla legge al figlio nato durante il matrimonio prima del quale era già concepito; se cioè debba egli riguardarsi come *legittimo*, o come *figlio naturale legittimato* pel susseguente matrimonio dei genitori.

Una prima opinione considererebbe quel figlio come *legittimo*. La legge avrebbe creata una *finzione giuridica*, in virtù della quale il *concepimento* del figlio stesso riguarderebbesi come *avvenuto dopo la celebrazione del matrimonio*, in costanza del quale egli fosse nato. Su questo fondamento eleverebbesi tutto un sistema, che avrebbe conseguenze gravissime di applicazione. La legittimità produrrebbe, in forza della finzione sopradetta, tutti i suoi effetti civili fin dal giorno del concepimento del figlio. Nè potrebbesi opporle che al tempo in cui, secondo le regole comuni, dovrebbe riputarsi verificato il concepimento, esistesse un

ostacolo legale alla celebrazione del matrimonio tra i genitori, fosse poi tale quell'ostacolo da lasciare o no la possibilità di esser tolto; poichè in ogni caso farebbesi valere la considerazione che, *fingendosi avvenuto il concepimento del figlio dopo celebrato il matrimonio* tra i genitori, non sarebbero da considerarsi gl'impedimenti cessati precedentemente a quella celebrazione. Così il figlio nato prima che fossero trascorsi centottanta giorni dopo il matrimonio sarebbe legittimo non solo quando, nell'intervallo tra i trecento ed i centottanta giorni avanti la nascita di lui, fosse esistito un impedimento al matrimonio dei genitori, consistente nell'esser essi legati tra loro da un vincolo di parentela o di affinità, da cui avessero più tardi ottenuta dispensa; ma quand'anche avesse durato per tutto quell'intervallo l'impedimento dipendente dall'essere l'uno dei genitori od amendue vincolati da precedente matrimonio con altra persona. Per tal modo se un vedovo contraesse nuove nozze un mese dopo la morte della prima moglie, e dalla seconda nascesse, un altro mese dopo, un figlio, questi sarebbe *legittimo;* sebbene fosse troppo evidente che supponendolo figlio del marito dovrebb'essere *adulterino*. Eppure tanta enormità vorrebbesi far passare come *conforme alla morale* e propizia al *buon ordine della società e delle famiglie*, adducendo che si eviterebbero così *inquisizioni sconvenienti* su rapporti passati tra l'uomo e la donna prima del loro matrimonio; quasichè occorressero investigazioni sui segreti delle famiglie per riconoscere il carattere adulterino d'una relazione che produsse la nascita d'un figlio un mese o due dopo lo scioglimento d'un precedente matrimonio!

Taluno dei sostenitori di questo sistema ammise però (e ben lo ha potuto senza contraddirsi, quantunque altri glielo abbia rimproverato) che sebbene nasca legittimo il figlio che viene alla luce durante il matrimonio prima del quale fu concepito, pure egli non potrebbe reclamare i diritti (per es. le successioni) il cui aprimento si fosse verificato

anteriormente al matrimonio stesso. Lo ha potuto ammettere, dicemmo, senza incoerenza; perciocchè se tutta la base del sistema predetto consiste nella *finzione che siasi verificato durante il matrimonio il concepimento realmente anteriore*, è conseguente che supponendosi posteriore all'aprimento della successione in favore del figlio il matrimonio contratto tra i genitori di lui, debbasi fingere eziandio come posteriore il concepimento del figlio stesso, al quale perciò diverrebbe sotto questo aspetto opponibile la *incapacità dei non concepiti* (1).

Un'altra opinione vorrebbe che il figlio concepito prima del matrimonio durante il quale è nato, si considerasse semplicemente come *legittimato*, per effetto del matrimonio stesso e del *tacito riconoscimento* della paternità da parte del marito che non la contesta. Questa legittimazione differirebbe dall'ordinaria per susseguente matrimonio, in ciò solo che mentre questa ultima suppone *già nato* il figlio in cui vantaggio si opera (V. art. 194 cod. civ.) e richiede un riconoscimento *espresso* da parte dei genitori (V. art. 197 cod. civ.), l'altra invece risguarderebbe figli *non ancora nati*, e si effettuerebbe durante la gestazione, e senza bisogno di riconoscimento espresso, bastando solo che *il marito non disconosca la paternità* (art. 161 cod. civ.). Nel resto sarebbero applicabili completamente tutte le regole stabilite dalla legge in materia di legittimazione. Così, innanzi tutto, lo stato di legittimità si riterrebbe acquistato dal figlio, non retroattivamente al tempo del concepimento, come vorrebbe l'opinione precedente, ma solo *dal giorno del matrimonio* (art. 197 cod. civ.). Conseguentemente il figlio predetto non avrebbe alcun diritto alle successioni dei parenti in linea paterna o materna, le quali si fossero *aperte prima della celebrazione del matrimonio* stesso. In secondo

---

(1) V. Proudhon, *Tr. sur l'état des personnes*, t. II, ch. I. sect. I, § 1, pag. 10; Demolombe, t. V, n. 57 a 64; Laurent, t. III, n. 385, pag. 471-475; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, L. I, n. 446; Ricci, *Corso teorico-pratico*, vol. I, n. 237, pag. 292.

luogo poi non potrebbesi far luogo nemmeno in questo caso, come in nessun altro, alla legittimazione dei *figli che non possono essere legalmente riconosciuti* (art. 195 cod. civ.) cioè degli *incestuosi* o degli *adulterini* (V. art. 180 cod. civ.). Epperò non solo sarebbe illegittimo chi nascesse prima che fossero trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio tra persone, l'una delle quali od amendue, nel tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento del figlio, fossero legate in precedente matrimonio con altra persona; ma illegittimo eziandio sarebbe il figlio che nascesse prima che fossero trascorsi centottanta giorni dal conferimento della dispensa in virtù della quale avessero potuto contrarre tra loro matrimonio persone che ne fossero prima impedite per vincolo di parentela o di affinità (1).

Un terzo sistema si scosta in teoria da amendue i precedenti, ma giunge infine alle stesse conclusioni pratiche del secondo. La *legittimità propriamente detta* (così si argomenta), quella che *risale fino al tempo del concepimento*, non può appartenere fuorchè al figlio *concepito durante il matrimonio* (art. 159 cod. civ.). D'altra parte la legittimazione non può essere fatta *formalmente* se non del figlio *nato fuori di matrimonio* (art. 194 cod. civ.). Il figlio concepito prima del matrimonio, ma nato in costanza di esso, ha dunque un *concepimento illegittimo;* egli riceve però il benefizio della legittimità in virtù del matrimonio contratto da' suoi genitori; e poichè questo si avvera mentre il figlio è ancora nel seno materno, così egli *nasce effettivamente legittimo*, ond'è che la legge giustamente lo classifica, non tra i *legittimati*, ma tra i *legittimi*. Nello stato di questo figlio devesi riconoscere pertanto qualche cosa di misto tra quello di legittimo e di legittimato. Egli è *legittimo* se si guarda al tempo della nascita, anzi anche anteriormente alla nascita, se si guarda al tempo posteriore al

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 88, nᵉ 4, 5, pag. 204-205; Demante et Colmet de Santerre, *Cours analyt. de code civ.*, t. II, n. 37 *bis;* Borsari, *Comm.*, art. 160-161, vol. I, §§ 403, 404.

matrimonio dei genitori; è *legittimato* se si considera il tempo anteriore a tale matrimonio. Dovendo il figlio considerarsi come *illegittimo nel concepimento* e *legittimato dal matrimonio*, ne segue: 1° che questo beneficio di legge non possa applicarsi ai figli dei quali *il concepimento sia adulterino od incestuoso;* 2° che il figlio non possa avere verun diritto, in qualità di erede legittimo, alle successioni aperte prima della celebrazione del matrimonio col quale fu legittimato. Dovendo poi egli considerarsi come *legittimo nella nascita*, e pel fatto stesso del matrimonio de' genitori e partendo da esso, ne segue che non occorra una *formale legittimazione*, la quale, infatti, non è ammessa che pei *figli nati fuori di matrimonio;* ma basti che la paternità non sia formalmente negata dal marito (1).

Secondo un'ultima opinione sarebbero inesatte tutte le precedenti. Il figlio concepito prima del matrimonio, durante cui fosse nato, non potrebbesi riguardare come semplicemente legittimato, non essendo necessario per lui, come lo è nella legittimazione, un atto di *riconoscimento* da parte dei genitori, e potendo egli godere del benefizio della legittimità quand'anche sia stato concepito per un commercio incestuoso, se dall'impedimento di parentela o di affinità sia poi intervenuta dispensa: ma d'altronde non potrebbe nemmeno essere considerato come legittimo al par di chi sia stato concepito durante il matrimonio; avvegnachè possa egli esser privato del benefizio della legittimità col mezzo di un semplice atto di sconoscimento da parte del marito della madre sua, e ad ogni modo poi non possano gli effetti di quel benefizio di legittimità rimontare fino al tempo del concepimento del figlio. Lo stato di chi è nato durante un matrimonio prima del quale fu concepito, si appoggierebbe, anche in questo sistema, ad una *finzione giuridica;* la quale però non consisterebbe (come vorreb-

---

(1) V. Marcadé, art. 314, § I, t. II, n. 13, pag. 13, Résumé du tit. VII, chap. I, sect. III, pag. 90.

bero i primi opinanti) nel considerare come *avvenuto il concepimento dopo la celebrazione del matrimonio*, ma nel riputare invece come *celebrato il matrimonio prima del concepimento del figlio*. Questi godrebbe pertanto di un vero stato di *legittimità d'origine*, non di *semplice legittimazione*. Se non che lo stato medesimo fondandosi intieramente sopra una *finzione giuridica*, e le finzioni dovendo cessare davanti all'*assoluta impossibilità* in contrario, nè potendo d'altronde precedere nei loro effetti alle cause da cui dipendono, ne deriverebbero le conseguenze che qui appresso indichiamo:

1° che la legittimità non avesse luogo se il matrimonio dei genitori fosse stato assolutamente impossibile *al tempo del concepimento* del figlio, per vincolo, ad esempio, d'un anterior matrimonio in cui i coniugi od uno di essi si trovassero a quel tempo legati con altre persone;

2° che al contrario la legittimità avesse luogo, se a quel tempo il matrimonio non fosse assolutamente impossibile, potendone esser tolto l'impedimento col mezzo di dispensa, per esempio, in caso di vincolo di parentela o d'affinità;

3° che il figlio non potesse pretendere, in qualità di erede legittimo, alle successioni che si fossero aperte nell'intervallo tra il suo concepimento e la celebrazione del matrimonio dei genitori, perchè altrimenti la *finzione* della legittimità si farebbe precedere alla causa da cui è prodotta, che è il matrimonio dei genitori (1). E queste conclusioni sono pure accettate da qualche altro autore, sebbene questi opini che non si tratti qui di vera *legittimità d'origine* ma di semplice *legittimazione* (2).

Accennato così allo stato della dottrina in questo gravissimo argomento, ci sia permesso di esporre l'opinione nostra, per quanto, in mezzo a tanta luce che emana dalle

---

(1) V. Zachariae, § 546, n. 1 a 7 (2ª ediz., Bruxelles); Aubry et Rau, t. VI, § 546, 1°, n. 9-12.
(2) V. Duranton, t. III, n. 20-26.

opere di preclari giureconsulti, essa sia destinata a rimanere oscura.

Se consultiamo il testo del codice, tutto ci persuade essersi considerato il figlio, nato durante il matrimonio prima del quale sia stato concepito, come avente lo stato di *legittimità d'origine;* e la qualificazione di *legittimato* essersi riservata unicamente a colui che abbia vissuto in società come figlio naturale, e sia divenuto legittimo solo posteriormente alla propria nascita. La intitolazione stessa del capo che tratta della *filiazione legittima* vi comprende tanto la prole *concepita* quanto quella *soltanto nata durante il matrimonio;* laddove trattando della *legittimazione* si parla della *prole nata fuori di matrimonio.* Ciò dimostra dunque essersi inteso di far luogo ad una vera legittimità d'origine anche in favore del figlio che concepito prima del matrimonio nasca in costanza di esso, ed essersi riserbato il mezzo della legittimazione per attribuire la qualità di figlio legittimo a quello soltanto che sia già nato prima della celebrazione del matrimonio.

L'articolo 161 poi, regolando la condizione giuridica del figlio *nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dopo il matrimonio*, stabilisce che *il marito e, dopo la sua morte, gli eredi di lui, non potranno disconoscerne la paternità* in tre casi ivi espressamente determinati, e con ciò viene ad ammettere che negli altri casi possa aver luogo il *disconoscimento di paternità;* il che suppone manifestamente che, per massima generale, il figlio nato pendente il matrimonio ma concepito prima goda *di pien diritto* dello stato di legittimità. All'incontro l'art. 194 dichiara che la legittimazione attribuisce a colui che è *nato fuori di matrimonio* la qualità di figlio legittimo. E ciò fa ritenere che per ogni caso di legittimazione suppongasi la nascita del figlio come già avvenuta anteriormente al matrimonio per virtù del quale la legittimazione si opera.

La dimostrazione sembra dunque abbastanza completa per ciò che concerne il testo letterale della legge. Ma ad

esso corrisponde poi ugualmente lo spirito della nostra legislazione, il complesso dei principii da essa adottati? In questa seconda indagine crediamo opportuno occuparci prima del quesito, se veramente sia ammissibile, nel sistema adottato dal nostro codice in materia di legittimazione, che questa si ritenga applicabile anche al figlio nato durante il matrimonio ma concepito prima della celebrazione di esso.

La legittimazione ha alcuni caratteri che si attengono alla sua essenza, e che qui riesce opportuno di porre in rilievo, confrontandoli con quelli dello stato attribuito al figlio nato durante il matrimonio prima del quale sia stato concepito.

1. L'attribuzione dello stato di figlio legittimo, dipendentemente dalla legittimazione per susseguente matrimonio dei genitori, è opera diretta ed immediata della legge; la quale però si appoggia al duplice fatto di quel matrimonio e della constatazione legale della filiazione. E poichè una tale filiazione, quantunque possa risultare anche da *dichiarazione giudiziale*, per la *maternità* sempre ed anche per la paternità in qualche caso eccezionale (art. 189, 190 codice civile), pure più generalmente consta da *riconoscimento volontario* per parte dei genitori, così richiedesi allora per gli effetti della legittimazione, che *da ambidue i genitori* sia stato riconosciuto il figlio col mezzo di *dichiarazione espressa* o nell'atto di nascita od in quello di matrimonio od in atto autentico anteriore o posteriore (art. 181 e 197 cod. civ. comb.).

All'opposto lo stato di legittimità spettante al figlio concepito prima del matrimonio, ma nato in pendenza di esso, è indipendente sempre dal riconoscimento espresso per parte dei genitori. La volontà della madre vi è anzi totalmente estranea, non potendo essa in verun modo impedire che il figlio nato da lei durante il matrimonio acquisti lo stato di legittimità; e pel padre stesso non è necessaria alcuna dichiarazione della sua volontà di rico-

noscere il figlio; al quale la qualità di legittimo è attribuita *di pien diritto, per sola virtù della legge*, salva solo al marito della donna che ha partorito quel figlio, la facoltà di distruggere la presunzione legale di paternità legittima con un atto di disconoscimento.

2. La legittimazione, siccome attribuzione d'uno stato civile nuovo ad una persona, suppone che la persona stessa abbia già anteriormente una esistenza naturale perfetta; ed è appunto per ciò che giustamente non si ammette legittimazione, se non per figli *già nati prima del matrimonio* contratto tra i loro genitori (art. 194 cod. civ.). Ma l'attribuzione dello stato legittimo al figlio nato durante il matrimonio prima del quale sia stato concepito, se non risale ne' suoi effetti fino al tempo del concepimento, non si arresta però nemmeno a quello della nascita, ed investe il figlio della qualità di legittimo anche prima ch'egli venga alla luce, rimontando fino al giorno nel quale sia stato contratto tra i genitori il matrimonio.

3. La legittimazione, una volta che sia compiuta legalmente, è *irrevocabile;* non potendo il legittimante ritrattarla sotto nessun pretesto, nemmeno per quelle cause che potrebbero far luogo a *negazione della paternità* pel figlio concepito durante il matrimonio (art. 162 cod. civ.). Al contrario è lecito al marito di disconoscere il figlio nato dalla moglie durante il matrimonio ma prima che siano trascorsi 180 giorni dalla celebrazione di esso, ed anzi per distruggere la presunzione legale di legittimità del figlio, gli basta la semplice *denegazione della paternità*, che è lasciata in libera facoltà sua, senza bisogno di giustificare in nessun modo la denegazione stessa.

4. La legittimazione fatta dal padre potrebbe subire contestazione da parte di terze persone; poichè chiunque vi avesse interesse sarebbe in facoltà *d'impugnare il riconoscimento* emesso dal genitore (art. 188 cod. civ.), e con ciò far cadere la legittimazione fondata su tale riconoscimento (art. 197 cod. civ.).

All'opposto lo stato del figlio concepito prima del matrimonio durante cui nacque, non potrebb'essere impugnato fuorchè *dal marito* col mezzo *dell'azione in disconoscimento di paternità* concessagli dall'art. 161.

Dopo tutto ciò sembra potersi conchiudere con sufficiente fondamento che il caso regolato dall'art. 161 non sia da considerarsi di *legittimazione.*

Ma, potrà dirsi: se qui non si tratta di *vera legittimazione*, bisogna riconoscere che non può trattarsi neppure di vera *legittimità d'origine;* poichè questa suppone il *concepimento avvenuto durante il matrimonio* (art. 159 codice civile). Guardiamoci dal confondere la forma delle parole colla sostanza delle cose: ed anche questa obbiezione non tarderà a dileguarsi. Certamente intendendo la *legittimità d'origine* nel proprio e stretto senso ordinario, per quella cioè che procede dalla *procreazione in costanza di matrimonio legittimo*, non sarebbe dubbio che una tale legittimità non potrebbe appartenere al figlio di cui la nascita sola, non il concepimento, siasi verificata durante il matrimonio dei genitori. Ma tutta la questione sta appunto nel vedere, se allato della legittimità propriamente detta e ordinaria possa esserne dalla legge ammessa un'altra, la quale non potendo, come la prima, risalire fino all'istante del concepimento del figlio, lo prenda in un momento intermedio della gestazione (quello cioè in cui contraggano matrimonio i genitori) per accompagnarlo poi fino alla nascita e dopo per tutta la vita, attribuendogli uno stato identico a quello di cui godrebbe se sin dal primo istante del suo concepimento fosse stato investito della qualità di figlio legittimo. E intorno a ciò non vediamo gravi obbiezioni che possano farsi contro una tale facoltà del legislatore. La legittimità, quantunque fondata sopra relazioni naturali, pure quanto ai suoi attributi, agli effetti civili di diritti ed obbligazioni che ne conseguono, è opera della legge civile. Da che dunque farebbesi derivare una limitazione di poteri, per cui fosse vietato di annettere quegli effetti civili ad altro

che ad un *concepimento avvenuto durante il matrimonio?* Potevano ben esservi ragioni che consigliassero il legislatore a porre al pari della legittimità ordinaria (salvo per ciò che riguardi al tempo da cui debbano datarne gli effetti) lo stato del figlio il cui concepimento sia stato anteriore al matrimonio, che però sia avvenuto pendente la gestazione. Forsechè queste ragioni mancavano realmente? Vediamolo. Il fatto di colui che, avendo contratto matrimonio con donna incinta, non disconosce espressamente la paternità sua sul figlio che poi ne nasce, dà luogo naturalmente alla presunzione ch'egli abbia riconosciuta in modo tacito la paternità stessa. Sarebbe stato necessario, o prudente almeno, l'obbligarlo ad un riconoscimento formale? Non sembra. Non era necessario, perchè i fatti parlano abbastanza eloquentemente per se stessi, da poter dispensare da dichiarazioni espresse; non era prudente, perchè sarebbesi per tàl modo provocata senza bisogno la pubblicità di fatti che gl'interessi e i più delicati sentimenti delle famiglie consigliano piuttosto di mantenere quanto si possa occulti. Ammesso così che allo stato di questo figlio dovesse bastare un *presunto riconoscimento* da parte del marito, e lo stato medesimo non potendo essere di semplice *legittimazione* (per le gravissime ragioni di differenza tra l'uno e l'altra che sopra abbiam rilevate) era ragionevole attribuire al figlio medesimo uno stato di *vera legittimità;* chè sebbene dovesse questa differire dalla legittimità ordinaria ed in istretto senso, in quanto non può risalir veramente *fino all'istante del concepimento* del figlio, pure rivestendolo essa della qualità di legittimo anche durante la gestazione, a partire dalla celebrazione del matrimonio tra i genitori di lui, eravi ragione di considerarla ancora come *legittimità d'origine.*

E questo concetto è ammesso in sostanza anche da un celebre scrittore Francese, benchè l'autorità di lui illustri la schiera dei sostenitori dello stato di *legittimazione* che si attribuirebbe al figlio nato nel matrimonio ma concepito

prima della sua celebrazione. Egli si esprime infatti nei seguenti termini: “ Poichè in questo caso il figlio, illegit-
“ timo all'istante del concepimento, riceve il beneficio della
“ *legittimazione*, stando nel seno della propria madre e
“ prima della nascita, la legge lo colloca *non tra i figli*
“ *legittimati*, ma nella classe dei *legittimi propriamente*
“ *detti*. Così v'ha due classi di *figli legittimi:* 1° quelli che
“ furon tali sino dal loro concepimento; 2° quelli che
“ essendo stati per qualche tempo illegittimi nell'utero
“ materno, furono *legittimati prima* di uscirne. I primi sono
“ i *concepiti nel matrimonio;* i secondi quelli che solo *na-*
“ *scono durante il matrimonio*. La qualificazione di *legitti-*
“ *mati* non è data dalla legge che ai figli *divenuti legittimi*
“ *posteriormente alla loro nascita* „ (1).

Le dimostrazioni date sopra dispensano, così ci sembra, dal dover ricorrere ad una pretesa *finzione di legge*, consistente secondo alcuni nel supporre che la celebrazione del matrimonio de' genitori risalga fino al giorno del concepimento del figlio, e secondo altri nel far discendere il concepimento fino al giorno della celebrazione predetta. Le finzioni non sono che mezzi adottati talvolta dal legislatore per riuscire all'attribuzione di diritti i quali non sarebbero per sè conciliabili colle condizioni vere delle cose; quando una tale attribuzione di diritti sia consigliata da gravi ragioni di giustizia, d'equità o d'interesse generale. Ora essendo dimostrato che colla realtà della condizione in cui si trova il figlio, concepito ma non nato ancora al tempo della celebrazione del matrimonio, è perfettamente conciliabile l'attribuzione al figlio stesso di uno stato di vera legittimità d'origine, cessa dunque ogni bisogno di supporre, come base di tale attribuzione, una finzione di diritto; ed è tolta così ogni occasione di disputa intorno alla natura di tale pretesa finzione, per trarne l'una piuttosto che l'altra conseguenza in ordine a questo impor-

(1) V. Marcadé, l. c., n. 13.

tante argomento dello stato personale. Ben possiamo dire tuttavia che lo stato concesso al figlio nato durante il matrimonio, ma concepito prima della celebrazione di esso, sia di *legittimità presunta;* avvegnachè l'attribuzione di quello stato non sia assoluta, per sola virtù di legge, ma subordinata eventualmente alla manifestazione della contraria volontà del marito, che è libero di distruggere quello stato di legittimità, colla semplice *denegazione della paternità.* Questa denegazione però non può farsi se non mediante l'esercizio di un'azione corrispondente, di cui tratteremo nella sezione successiva.

La presunta legittimità predetta, quantunque attribuita al figlio direttamente dalla disposizione della legge, sotto l'accennata riserva d'una contraria manifestazione della volontà del marito, è però annessa dalla legge medesima al fatto del matrimonio; dalla cui celebrazione pertanto essa dipende e piglia data. Da ciò discendono conseguenze importanti; le quali contengono la soluzione dei gravissimi dubbi che diedero origine alla quistione di massima finora discussa, e che furono causa del profondo dissenso di opinioni manifestatosi, su questo argomento, nella dottrina.

Non potrebb'essere incerto, in primo luogo, che la legittimità del figlio prendendo data nel caso nostro *dalla celebrazione del matrimonio* tra i genitori, non potrebbe far luogo in favore del figlio medesimo all'acquisto di diritti che si fossero aperti anteriormente a tale celebrazione. Così non potrebbero essere reclamate in nome del figlio, come *erede legittimo*, le successioni che si fossero *aperte nell'intervallo tra il giorno del concepimento di lui e quello della celebrazione del matrimonio tra i suoi genitori;* mentre all'opposto potrebbersi reclamare quelle che si fossero aperte dopo quest'ultimo giorno, giacchè il figlio riunirebbe allora alla *capacità come persona concepita* (V. art. 724, n. 1, codice civile) la *successibilità quale erede legittimo.*

In secondo luogo, la presunta legittimità del figlio dipendendo unicamente dal matrimonio contratto tra i genitori,

è chiaro però che una tale presunzione non potrebbe reggersi a fronte della *impossibilità assoluta della legittimità.* Così se al tempo del concepimento del figlio, i genitori di lui, od uno di essi, fossero stati legati in matrimonio con altre persone, non potrebb'egli divenire legittimo perciò che i genitori medesimi, sciolti da quel vincolo, avessero celebrate tra loro le nozze prima che il figlio nascesse. Sarebbe troppo assurdo presumere legittimo colui del quale la legittimità era assolutamente impossibile, portando egli sempre con sè quella qualità di *adulterino* che aveva al tempo del suo concepimento (1).

Ma all'opposto, se la legittimità non era assolutamente impossibile, ma solo impedita al tempo del concepimento da circostanze che furono poi, od almeno potevano essere distrutte al momento della celebrazione del matrimonio tra i genitori, sembra che ciò non potrebbe fare ostacolo alla presunzione di legittimità indotta dalla legge. Così se il concepimento sia derivato dal commercio tra persone impedite allora dal contrarre matrimonio pel vincolo tra esse esistente di parentela o di affinità, ma che però da tale impedimento potevano essere dispensate (art. 59, n. 2 e 3, 68 cod. civ.) il matrimonio che in seguito a simile dispensa sia poi effettivamente contratto, prima della nascita del figlio, produrrà la presunta legittimità di lui, a norma dell'art. 161. Nè varrebbe opporre la qualità *incestuosa* del concepimento; imperocchè al tempo stesso in cui questo avvenne non sarebbe stato impossibile che quell'ostacolo alla legittimità della prole venisse tolto, e si suppone poi che sia stato effettivamente distrutto col mezzo della dispensa prima che si celebrasse il matrimonio, da cui la presunta legittimità dipende. Di questa massima tanto meno può dubitarsi nella legislazione nostra; la quale anche per la *legittimazione dei figli nati fuori di matrimonio*

(1) V. sentenza 31 marzo 1884 della Corte d'appello di Genova (*Eco di giur.*, VIII, 1, 169); Aubry et Rau, t. VI, § 525, n° 12, 4ª ed. Bruxelles, e gli altri autori ivi citati. — *Contra:* Demolombe, t. V, n. 63.

permette ch'essa abbia luogo benchè al tempo del concepimento di quei figli esistesse tra i genitori un impedimento al matrimonio per vincolo di parentela o di affinità, purchè però quell'impedimento fosse tale da poter essere tolto mediante dispensa decretata dal Re (art. 195 comb. col 180, e confr. cogli art. 58, 59 e 68 cod. civ.). Or, se tanto è ammesso espressamente dalla legge pel caso di semplice *legittimazione*, a più forte ragione si deve ritenerlo applicabile per quello di *presunta legittimità* a termini dell'art. 161; essendo esso giustamente considerato con tanto maggior favore dalla legge stessa (1).

Abbiamo accennato bastare che le cause per le quali la legittimità della prole era impossibile al tempo del concepimento, *potessero esser distrutte al momento della celebrazione del matrimonio tra i genitori*, sebbene a tale momento ciò non si fosse in realtà verificato. Col che intendevamo di riferirci all'ipotesi d'un *matrimonio putativo* contratto tra persone impedite da vincolo di parentela o di affinità, di cui si fosse potuto ottenere, ma non si fosse realmente riportata la dispensa; parendoci che anche in tal caso, e per virtù della disposizione generale dell'articolo 116, sia invocabile il benefizio dell'art. 161 cod. civile in vantaggio del figlio concepito ma non ancora nato al tempo della celebrazione di quel matrimonio annullabile.

Sezione II.

Dei casi in cui sono ammissibili prove contrarie alle presunzioni che dànno fondamento alla legittimità.

Sommario. — 7. Caratteri varii delle presunzioni relative alla filiazione legittima. — 8. Caratteri ed effetti del mezzo concesso dalla legge per distruggere la presunzione di legittimità del figlio nato entro centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio. — 9. Casi nei quali l'art. 161 vieta eccezionalmente il disconoscimento della paternità, pel figlio concepito prima del matrimonio durante cui nacque. — 10. Se quei casi

(1) V. Duranton, t. III, n. 26; Aubry et Rau, t. VI, § 545, n° 14. — *Contra:* Marcadé, art. 331, § III, t. II, n. 52.

debbano riguardarsi come enumerati *tassativamente* dalla legge. — 11. Casi in cui si può disconoscere la paternità del *figlio concepito durante il matrimonio*. Nozioni generali. — 12. 1) Della causa di negazione della paternità, dipendente dalla *fisica impossibilità di coabitazione* del marito colla moglie. — 13. 2) Dell'altra causa derivante dalla *legale separazione* dei coniugi. — 14. 3) Dell'altra causa consistente nella *manifesta impotenza* del marito. — 15. 4) Della quarta causa di negazione della paternità, per *adulterio* commesso dalla moglie. — 16. Della prova delle cause per le quali si può disconoscere la paternità.

7. Delle due presunzioni, sulle quali abbiam visto fondarsi lo stato civile di filiazione legittima, concernenti l'una il tempo del concepimento, l'altra la paternità, non sono nè potrebbero essere identici gli effetti.

La prima, quella cioè, che, stabilita la massima e minima durata che si presume possibile nella gestazione, vuole che si ritenga avvenuto il concepimento in quell'istante qualunque del tempo intermedio che più giovi all'interesse del figlio, doveva per la stessa sua natura e pel suo scopo considerarsi come *assoluta*, *juris et de jure*, tale cioè da escludere, senza eccezioni, la possibilità di qualunque prova in contrario. La legge, nel determinare il massimo ed il minimo presunto della gestazione, ha già usato, in favore della legittimità, tutta quella maggiore larghezza che era possibile, compatibilmente coi dati della scienza e dell'esperienza. Sarebbe singolare che si ammettesse potere i giudici, sul fondamento di semplici *presunzioni di fatto* (chè altre prove più certe non potrebbero darsi in questa materia) dichiarare che la gestazione avesse durato minore o maggior tempo di quello che, in conformità delle leggi comuni di natura, fu ritenuto colla presunzione legale. D'altronde i fini che indussero il legislatore a stabilire una tale presunzione sarebbero completamente frustrati, se coll'ammissibilità della prova contraria venisse respinto l'importantissimo stato della legittimità in balìa di quelle incertezze ed oscurità stesse che col mezzo della predetta presunzione si vollero dissipare (1).

---

(1) V. LAURENT, t. III, n. 361, pag. 430-431.

Essendo dunque *assoluta* la presunzione risguardante il tempo del concepimento, ne segue che sarebbe violata la legge da quella sentenza la quale, fondandosi su qualunque mezzo di prova che fosse stato somministrato, e più specialmente su presunzioni di fatto, dichiarasse esser durata la gestazione per più lungo o più breve tempo di quello che dalla legge è presunto come *massimo* o come *minimo*.

L'altra presunzione concernente la paternità non è neppur essa da classificarsi tra le *presunzioni semplici*, contro le quali cioè è adducibile sempre la prova contraria con qualunque dei mezzi ordinariamente permessi. Se ciò si ammettesse, è manifesto che verrebbero direttamente contrariati gli scopi della legge; poichè una presunzione riguardata come necessaria nell'interesse delle famiglie e della società, per fissare sopra solida base il più importante stato civile, quello di legittimità, sarebbe abbandonata a quella frequenza di contestazioni, a quella incertezza di prove giudiziali, a quell'arbitrio possibile di decisioni, a cui si volle sottrarre lo stato predetto. D'altra parte però la presunzione di paternità legittima non doveva nemmeno considerarsi come tanto assoluta da escludere in qualunque caso ogni prova contraria. Non è qui come della presunzione relativa al tempo del concepimento, la quale si fonda sopra fatti naturali e costanti, che risultano accertati dalle osservazioni della scienza e le cui conseguenze sono invariabili. Qui all'opposto i fatti noti da cui si parte sono contingenti e variabili; le conseguenze che se ne deducono non possono essere perfettamente certe, dipendendo dalla volontà dell'uomo o dal concorso d'altri fatti non noti. Così la convivenza de' coniugi è un effetto legale del matrimonio, ma può in fatto non sussistere, od anche esser tolta in diritto da una sentenza di separazione personale; la fedeltà è uno de' principali doveri morali e giuridici tra i coniugi, ma troppo spesso è violata. E se risulti dimostrato con certezza che i coniugi siano stati assolutamente separati di fatto e di diritto ancora; se sia provato l'adul-

terio commesso dalla moglie e concorrano insieme altre circostanze da cui si abbia la certezza morale che il figlio sia frutto di quel reato, e sia esclusa la paternità del marito; se consti della manifesta impotenza del marito a quella procreazione che la legge presumerebbe essere opera sua; come mai la presunzione legale potrebbesi ancora sostenere, davanti alla constatazione di un'assoluta impossibilità in contrario?

La presunzione della paternità è dunque bensì, per suo carattere generale, *assoluta;* ma pure per que' casi particolari e di eccezione in cui si possa escludere assolutamente, colla dimostrazione di certi fatti, la possibilità della paternità da parte del marito, la quale si dedurrebbe per legge dai fatti noti del matrimonio, della convivenza dei coniugi, e dell'obbligo loro di reciproca fedeltà, potranno rendersi ammissibili quelle prove contrarie. Se non che il determinare i casi di tale ammissibilità non poteva essere abbandonato all'ufficio dei giudici; altrimenti sarebbe aperta una strada indiretta ma amplissima a quelle stesse incertezze ed arbitrii, per evitare i quali è respinta dalla classe delle *presunzioni semplici* quella della paternità.

Pertanto questa presunzione è da riguardarsi anche essa come *assoluta;* salva solo l'ammissibilità della prova contraria *nei casi di eccezione tassativamente determinati dalla legge.*

Tutto ciò però deve intendersi limitatamente alla presunzione di paternità *pel figlio concepito durante il matrimonio.* Se invece si tratti di quello che sia *nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dopo il matrimonio,* la presunzione di legittimità fondandosi allora esclusivamente, come vedemmo, sul fatto del marito, che col contrarre matrimonio con donna già incinta, e col silenzio da lui tenuto dopo la nascita del figlio, ha dato luogo a ritenere che se ne sia riconosciuto padre; è chiaro che deve, in generale, bastare la semplice *negazione della paternità* da parte del marito stesso, senza bisogno ch'egli

venga con prove speciali ad escludere la possibilità della paternità predetta; poichè una tale possibilità non è dalla legge convertita in certezza legale, secondo la disposizione dell'art. 160. Tuttavia qualora il marito avesse emessi tali atti o fatti da portare un *riconoscimento tacito* della paternità, la forza del quale riconoscimento dovrebbe naturalmente esser maggiore di quello *semplicemente presunto;* essendo allora definitivamente investito il figlio dello stato di legittimità, in virtù della legge appoggiata ad un fatto volontario della persona a cui la paternità legittima è attribuita, non potrebbe più essere concessa a quella persona l'azione in disconoscimento, con cui ella verrebbe contro lo stesso fatto proprio.

Un'altra ragione di escludere l'azione in disconoscimento può essere ancora la *mancanza d'interesse* a promuoverla; secondo il principio comune che non può esservi un'azione senza interesse.

Dopo avere così riconosciuto quali siano i caratteri generali delle presunzioni sulle quali si fonda lo stato di legittimità, e quali fra esse ed in quali casi possano lasciar luogo a prova contraria, ci resta di esaminare le disposizioni speciali della legge in proposito; cominciando dalla ipotesi che si tratti di figlio nato durante il matrimonio ma concepito innanzi alla celebrazione di esso.

8. Notammo superiormente che la presunzione di legittimità del figlio, nato prima che siano trascorsi cento ottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, può essere distrutta dalla *semplice negazione della paternità* da parte del marito; che però vi hanno casi di eccezione, nei quali giustamente è esclusa quella negazione. Prima di passare all'enumerazione di questi casi eccezionali, non sarà inopportuna qualche riflessione preliminare intorno ai caratteri particolari della suddetta presunzione. Essa dunque può essere distrutta completamente dalla semplice negazione di paternità da parte del marito, senza bisogno

ch'egli l'appoggi a prova di sorta. Ma è escluso perciò che, di fronte ad una simile negazione, non si possa talvolta, con una prova positiva della paternità da parte del marito, sostenere la legittimità del figlio? Un egregio trattatista nostro, adottando l'opinione di riputati autori francesi, dopo aver detto che " chi intenta l'azione in disconosci-" mento della paternità (nei casi in cui non è esclusa dal-" l'art. 161) non deve provare altro che il figlio è stato " concepito prima del matrimonio ", aggiunge poi: " ma " *può esser fatta la controprova nei casi nei quali è ammessa* " *la ricerca della paternità* (art. e arg. *a majori*, art. 189) " (1). Questa proposizione è da intendersi così, che sia lecito contrapporre alla negazione di paternità emessa dal marito la prova di tale paternità, qualora si fondi sopra fatti pei quali la legge ammetta eccezionalmente la ricerca del padre, come avviene nei casi considerati nell'articolo 189 cod. civ., nel qual senso una tale proposizione ci sembra ben fondata; ed anzi la riputiamo applicabile con una estensione anche maggiore di quanto si comprenderebbe nelle parole adoperate dal citato autore. Richiamiamo, innanzi tutto, le osservazioni già fatte; che lo stato civile di legittimità è sempre opera della legge, non meno quando si tratti del figlio soltanto nato, che di quello anche concepito durante il matrimonio; che poi, nel primo caso, l'attribuzione della legittimità al figlio nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, è fondata dalla legge sulla presunta volontà del marito di avere come proprio quel figlio, epperò questa presunzione deve cedere davanti ad una espressa manifestazione della volontà contraria; salvo qualche caso eccezionale, in cui il marito avendo prima dimostrata, quantunque in modo tacito, la volontà di riconoscere il figlio medesimo come suo, non potrebbe più essere ammesso a contraddire al proprio fatto, ed a ritogliere al figlio lo

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, L. I, n. 458.

stato di legittimità da lui acquistato. Da tutto ciò è agevole argomentare che quando avvenga che la paternità non sia solo *presunta*, nè solo *tacitamente riconosciuta*, ma in casi di eccezione sia *positivamente provata*, non è possibile da una parte attribuire veruna efficacia alla negazione del marito, e dall'altra il fatto della paternità, constatato in questa guisa molto più certa e diretta, deve bastare per far luogo senz'altro all'applicazione della legge, che attribuisce la legittimità anche a chi sia soltanto nato durante il matrimonio, a maggior ragione che nei casi in cui la paternità da parte del marito possa ritenersi dimostrata in modo solamente tacito o presunto. Se dunque siasi verificato uno dei casi di eccezione contemplati nell'art. 189 cod. civ., cioè di *ratto o di stupro violento, col tempo dei quali coincida quello del concepimento*, la permessa indagine della paternità e la sentenza che la dichiari varrà a render legittimo il figlio, il quale sia nato durante il matrimonio che sia stato contratto tra l'autore e la vittima del ratto o dello stupro violento; senza che nulla possa in contrario il disconoscimento di paternità che il marito colpevole di quei reati abbia fatto o faccia. Sembra pertanto che l'indagine della paternità, a termini dell'art. 189 cod. civ. non solo possa opporsi come *mezzo di eccezione* contro l'azione in negazione di paternità intentata dal marito, ma possa pure essere promossa contro di lui allo scopo di neutralizzare gli effetti di un *disconoscimento* che già prima sia stato fatto (1).

A questa prima domanda, della quale abbiamo finora svolta la soluzione, se ne può contrapporre un'altra in senso inverso: supposto che la negazione della paternità non sia ammissibile, a tenore dell'art. 161 cod. civ., pel verificarsi d'alcuna delle cause eccezionali in quell'articolo contemplate, potrà, ciò non ostante, il marito togliere

(1) V. Zachariae, § 546, n. 1 in fine, nⁱ 28 e 29, 2ª ed. Bruxelles; Demolombe, t. V, n. 79; Aubry et Rau, t. VI, § 545, 1°, nª 32; Laurent, t. III, n. 384, pag. 470-471.

al figlio, nato prima che sian passati centottanta giorn dal matrimonio, lo stato di legittimità, allegando qualcuna delle altre cause per le quali potrebbesi ricusare di riconoscere anche il figlio che fosse stato *concepito durante il matrimonio;* per esempio la *impossibilità fisica di coabitare colla moglie nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno avanti la nascita* del figlio stesso? (art. 162 cod. civ.). La dottrina è concorde nel rispondere negativamente a questo quesito. Il marito che disconosce il figlio nato entro i centottanta giorni dopo il matrimonio, e si vede opposta una delle eccezioni contemplate dall'articolo 161 cod. civ., può bensì combattere queste eccezioni colla prova contraria, tendente a distruggere i fatti a cui esse si appoggiano; ma non può respingerle allegando circostanze le quali tendano solamente a provare ch'egli non sia padre di quel figlio. Se la negazione della paternità è veramente esclusa per qualcuna delle cause stabilite dall'art. 161, la presunzione di legittimità diviene perciò stesso assoluta, tanto da non permettere in nessun caso veruna prova in contrario. Lo esige la ragione, poichè altrimenti si giungerebbe per altra via a quello che la legge volle vietare in quei casi eccezionali, cioè di togliere la legittimità al figlio col disconoscimento della paternità, nonostante che siavi un fatto volontario del marito stesso portante un riconoscimento tacito contro cui egli verrebbe, o non ostante che l'azione in disconoscimento sia inammissibile per mancanza d'interesse. Lo dimostrano poi i termini stessi dell'art. 161, che nelle circostanze ivi contemplate dichiara, *in modo generale ed assoluto, non potersi disconoscere la paternità* nè dal marito, nè, dopo la sua morte, dagli eredi di lui; non potersi disconoscerla adunque *per nessuna causa*, nemmeno per quelle che farebbero luogo a *ricusare di riconoscere il figlio stesso concepito durante il matrimonio* (1).

(1) V. TOULLIER, t. II, n. 823; DURANTON, t. III, n. 22; ZACHARIAE, § 546, n. 1°, nª 10; DEMOLOMBE, t. V, n. 80; AUBRY et RAU, t. VI, § 545, nª 26.

8 *bis*. Ad esaurire questa parte di ricerche preliminari, ci resta di rispondere ad un'ultima domanda: se cioè l'omissione del disconoscimento, o l'inammissibilità di esso per qualcuna delle cause contemplate dall'art. 161, possa coprire la qualità di *adulterino* che il figlio avesse, per essere stato concepito quando i suoi genitori od uno di essi fossero stati legati in matrimonio con altre persone, e possa renderlo *legittimo* al tempo della nascita, ed anzi fin dall'istante di quel matrimonio. La questione fu trattata dall'illustre *Borsari*, e da lui risolta in senso affermativo, contradicendo all'opinione del *Duranton*, professata, del resto, anche da altri insigni giureconsulti francesi (1). Gli argomenti ai quali il *Borsari* si affida, sono, se male non li abbiamo compresi, i seguenti:

1° essere generale ed assoluta la disposizione dell'art. 161 cod. civ., che nei casi ivi contemplati toglie al marito ed agli eredi di lui l'azione in disconoscimento della paternità; riuscir quindi arbitraria la distinzione che si voglia fare intorno *ai motivi* del preteso disconoscimento, i quali consistano nella qualità della filiazione adulterina, piuttostochè in qualunque altra considerazione;

2° lo spirito dell'articolo predetto ridursi tutto a riguardare come contenenti una rinunzia tacita all'azione in disconoscimento certi fatti dimostranti acquiescenza da parte del marito, quali sono l'aver egli contratto il matrimonio conoscendo la gravidanza della sposa, o l'avere assistito all'atto di dichiarazione della nascita del figlio agli uffici dello stato civile; essere manifestamente giusto il riconoscere l'efficacia giuridica di tale rinunzia, in materia che è principalmente d'interesse privato del marito stesso, e tanto più che “ *l'onta essendo fatta a lui, egli può perdo-*

---

(1) V. Duranton, t. II, n. 24, 27, ed. Bruxelles; Zachariae, t. II, § 546, 1°, n^a 10, 2^a edizione Bruxelles; Marcadé, art. 314, § II, t. II, n. 14, 15; Demante, *Cours analyt. de code civil*, t. II, n. 37 *bis*, II; Aubry et Rau, t. VI, § 545, 1°, n^a 9. — *Contra:* Demolombe, t. V, n. 63; Laurent, t. III, n. 345, pag. 474, 475.

“ *narla, se gli piace, e abbandonare le sue pretese* e, anche
“ diremo, i suoi diritti „;

3° tutto ciò giustificarsi d'altronde eziandio per quel
“ *grande interesse pubblico che sdegna le inquisizioni scan-*
“ *dalose, specialmente quando sono inutili* „ nel quale scopo
appunto è scritto l'art. 161;

4° essere poi inammissibile che *i terzi per un interesse pecuniario qualunque siasi*, possano venire ad esercitare una azione vietata al marito stesso ed ai suoi eredi, e *riprodurre così alla luce del pubblico scandalo* un fatto che l'interesse generale avrebbe voluto nascosto (1).

Non possiamo però astenerci dall'esporre le ragioni per le quali la riferita argomentazione non ci sembra persuasiva.

L'art. 161, come più volte osservammo, stabilisce una *presunzione di legittimità* a favore del figlio nato durante il matrimonio, sebbene nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione di esso; ammette però in generale potersi distruggere questa presunzione con una semplice dichiarazione contraria del marito, eccettuando alcuni casi nei quali, o per mancanza d'interesse o per fatti volontari recanti una ricognizione tacita, è vietato al marito di poter disconoscere la paternità. Tutto questo suppone manifestamente che *la presunzione di legittimità esista* a tenor della legge; poichè altrimenti sarebbe assurdo il parlare di distruggere una tale presunzione col disconoscimento, o d'impedire quella distruzione vietando di disconoscere la paternità. L'omissione del disconoscimento, entro i termini prefissi dalla legge per manifestarlo, la stessa rinunzia espressa alla relativa azione, e molto più la rinunzia tacita per alcuna delle cause contemplate nell'art. 161, potranno dunque bensì *convalidare la presunzione di legittimità esistente* a termini di legge, col togliere i mezzi pei quali sarebbesi potuto riuscire a distruggerla;

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 160-161, vol. I, § 406 pag. 611-612.

ma non avranno mai la potenza di *sostituirsi alla legge, creando una legittimità ch'essa non riconosca*. Ora, pel figlio il cui concepimento sia adulterino, la legge non ammette legittimità possibile: tanto n'è lungi, che di quel figlio vieta persino un semplice riconoscimento legale (art. 180 n° 1, cod. civ.). Pertanto, sia che il figlio, concepito prima del matrimonio durante cui nacque, si consideri come *legittimo* o come *legittimato*, nè l'una nè l'altra di queste qualità potrà applicarsi mai a chi sia nato da persone di cui anche una soltanto fosse al tempo del concepimento legata in matrimonio con altra persona. La volontà espressa o tacita del marito nulla potrebbe in contrario a queste massime d'ordine pubblico, solennemente sancite dalla legge; non potrebbe mai render legittimo il figlio concepito di adulterio, sia facendone un riconoscimento espresso, sia, e meno ancora, col riconoscimento tacito, o colla semplice omissione di disconoscerlo. Il *Borsari* pure ammette come principio fondamentale che a tenore dell'art. 161 " non possano essere *legittimati* che i figli che *possono essere riconosciuti*, come in seguito viene spiegato dall'articolo 180 " (1). Or questa massima proclamata del resto espressamente nell'art. 195 cod. civ., non sembra conciliabile coll'altra che il figlio adulterino divenga legittimo (o, come altri vuole, *legittimato*) perciò solo che il marito *fosse consapevole della gravidanza prima del matrimonio* od abbia *assistito alla dichiarazione di nascita*.

Da ciò sembra riuscir facile la confutazione delle ragioni addotte in contrario. L'articolo 161, si dice, toglie assolutamente al marito ed agli eredi di lui l'azione in disconoscimento della paternità senza fare distinzioni, l'introdurre le quali sarebbe perciò arbitrario! Ma qui non trattasi d'impiegar quest'azione, per togliere al figlio uno stato di legittimità ch'egli non può avere per la propria qualità di *adulterino*. E ciò stesso dimostra come sia ine-

---

(1) V. Borsari, l. c., § 404, pag. 611.

satto quanto si aggiunge, dicendo che un'azione vietata in modo assoluto dalla legge al marito, verrebbe accordata a lui unicamente *per la qualità dei motivi pei quali la presenterebbe.* Il concepimento per adulterio non è uno speciale motivo a cui si appoggi l'azione in disconoscimento; ma è un ostacolo legale invincibile allo stato di legittimità del figlio, così da allontanare fin l'ombra del bisogno che si eserciti una tale azione. Basterà che il marito, o gli eredi, od altri interessati dimostrino che al tempo del concepimento del figlio, una delle persone che si pretenderebbe esserne genitori legittimi, fosse legata in matrimonio con altri; e svanirà completamente, in forza della legge stessa, ogni idea dell'accampata legittimità.

È poi altrettanto evidente non potersi argomentare di una *tacita rinunzia all'azione in disconoscimento,* dove non è caso di tale azione; molto meno potersi sostenere l'efficacia giuridica di somigliante rinuncia, considerandola come d'interesse puramente privato del marito, quando verrebbesi invece a creare uno stato di legittimità che non solo sarebbe estraneo alle disposizioni della legge, ma si troverebbe in opposizione ad esse, ed offenderebbe manifestamente l'ordine pubblico; non essere il caso di parlare del *grande interesse pubblico che sdegna le inquisizioni scandalose,* specialmente quando sono inutili, poichè qui non tratterebbesi di fare *investigazione di segreti della vita privata,* ma d'una semplice constatazione di date, di quella cioè della nascita del figlio (da cui risulterà anche il tempo presumibile del concepimento) e di quella dello scioglimento od annullamento del matrimonio in cui fosse precedentemente legato uno degli sposi, nè potrebbersi dire inutili queste dimostrazioni, tendenti a determinare lo stato veramente attribuibile al figlio a norma di legge.

Posto poi che non si tratta propriamente di un'*azione in disconoscimento della paternità,* ma della *impugnazione della legittimità* del figlio, per la qualità sua di adulterino, è chiaro che, non al solo marito od agli eredi di lui, ma

a qualunque persona avente interesse ne potrà competere il diritto.

Da tutto ciò sembraci potersi concludere che lo stato adulterino del figlio concepito prima del matrimonio durante cui nacque, non può mai essere coperto per nessuna delle cause che farebbero luogo alla legittimità di lui se fosse stato concepito in istato di filiazione semplicemente naturale; sia che si tratti di omissione da parte del marito di esercitare il disconoscimento entro i termini ordinari fissati a ciò dalla legge, sia che esista qualcuna delle cause eccezionali che giusta l'art. 161 formerebbero ostacolo a quel disconoscimento, per una specie di *rinunzia tacita*, sia infine che il marito vi avesse anche fatta *rinunzia espressa*. In tutti questi casi ugualmente rimarrebbe sempre aperta, così pel marito o pei suoi eredi, come per qualunque terza persona interessata, *l'azione in contestazione di legittimità* del figlio concepito in istato adulterino; azione ben diversa da quella in *disconoscimento della paternità*, che può aver luogo soltanto allora che esista in virtù della legge la presunzione della legittimità.

9. Richiamiamo il principio precedentemente dimostrato, che sebbene, di regola, basti la semplice negazione della paternità da parte del marito, per distruggere completamente la presunzione di legittimità del figlio concepito prima e nato dopo della celebrazione del matrimonio, pure vi sono casi di eccezione nei quali è precluso l'adito all'azione in disconoscimento; e che tali eccezioni dipendono o da fatti volontari del marito stesso, recanti un *riconoscimento tacito* del figlio da parte sua, o da mancanza di quell'interesse senza il quale l'azione predetta non potrebb'essere esercitata.

È appunto partendo da questi concetti fondamentali, che l'art. 161 cod. civ. designa i casi nei quali è vietato al marito di disconoscere la paternità sua pel figlio nato entro centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio.

Quei casi sono i seguenti:

" 1° Quando il marito fosse consapevole della gra-
" vidanza prima del matrimonio;

" 2° Quando consti dall'atto di nascita che il marito
" assistette a quell'atto o personalmente, o per mezzo di
" altra persona da lui specialmente autorizzata per atto
" autentico;

" 3° Quando il parto fosse dichiarato non vitale ".

I) Se all'atto di contrarre matrimonio lo sposo era sciente dello stato di gravidanza in cui la sposa trovavasi, *il fatto stesso del matrimonio vale riconoscimento tacito della paternità* pel nascituro; riconoscimento naturalmente più efficace di quello solamente *presunto*, che si verifica allorquando *non sia provato* che il marito conoscesse la gravidanza; riconoscimento contro il quale non potrebbe eccepire il marito, se non allegando la propria turpitudine.

Non sono date dalla legge disposizioni speciali circa i mezzi coi quali possa provarsi la consapevolezza del marito. Ne segue dunque potersi somministrare la prova con qualunque dei mezzi ordinariamente permessi; trattandosi di un *semplice fatto*, pel quale non vi sarebbe stato motivo di esigere mezzi di prova determinati, e specialmente la scrittura in forma pubblica o privata, od anche solo un principio di prova scritta. Potrà darsi in qualche caso che esista realmente una prova scritta od almeno un principio di essa; ma non per questo dovevasi escludere in qualunque altra ipotesi la facoltà di valersi di diversi mezzi per provare che il marito conoscesse la gravidanza della donna con cui si univa in matrimonio, e per opporre quindi questa eccezione al disconoscimento di paternità ch'egli pretendesse di fare.

Così pertanto il fatto che il marito fosse consapevole della gravidanza prima del matrimonio, potrà provarsi anche *per testimoni*, e più specialmente *con presunzioni di fatto*.

Una di tali presunzioni potrebbesi pure dedurre dalle relazioni, più o meno intime ed abituali, che fossero pas-

sate tra gli sposi prima del matrimonio. Vi fu veramente qualche autore che negò recisamente l'ammissibilità della prova di tali fatti; argomentando dal principio che vieta generalmente la *ricerca della paternità* (1). Però, quando si osservi che le relazioni passate tra gli sposi anteriormente al matrimonio non sarebbero qui addotte *per provare la paternità*, ma unicamente per indurre nei giudici la convinzione che *il marito fosse consapevole della gravidanza*, e per rendere così inammissibile il disconoscimento della paternità presunta dalla legge, non potrà negarsi ai giudici la facoltà di prendere in considerazione quelle relazioni, le quali possono effettivamente costituire un elemento utile della convinzione ch'essi hanno a formarsi, e possono renderla completa, specialmente se concordino con altre gravi e precise circostanze (2).

Qualcun altro è corso fino all'estremo opposto, riputando che i fatti di frequentazione intima, od anche di coabitazione tra gli sposi, debbano di per sè stessi valere come mezzi di prova decisivi (3).

Ma neppur questo può ammettersi; non essendo impossibile, nè rarissimo, che la confidenza accordata da una donna a chi promette sposarla, serva come mezzo ad attribuirgli fraudolentemente la paternità d'un figlio altrui.

Su questo punto, dell'essere il marito stato consapevole della gravidanza prima del matrimonio, è dunque lasciata, come in ogni altra questione di puro fatto, la più ampia facoltà al magistrato; il quale, giusta le circostanze, potrà ammettere o rigettare la prova di certi fatti tendenti a dimostrare che il marito conoscesse prima del matrimonio la gravidanza della sposa, secondo che riconosca o no in que' fatti la pertinenza e la concludenza sufficiente; e a

---

(1) V. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, ch. I, sect. I, § 1, pag. 20.

(2) V. Valette sur Proudhon, l. c., n^{a} (*a*); Demolombe, t. V, n. 67.

(3) V. Toullier, t. II, n. 826.

norma delle risultanze pronuncierà poi incensurabilmente giusta la propria convinzione (1).

II) L'assistenza del marito all'atto della dichiarazione di nascita, vale riconoscimento tacito della paternità; o meglio, vale *rinunzia tacita all'azione in disconoscimento*. Il progetto di codice presentato dal ministero (art. 155) e quello modificato d'accordo colla commissione senatoria (art. 173) supponevano che il marito avesse assistito all'atto di nascita *in qualità di padre*. Allora veramente sarebbesi avuto piuttosto un *riconoscimento espresso* della paternità, che soltanto una rinunzia tacita all'azione in disconoscimento. Ma la condizione contenuta in quelle parole — *in qualità di padre* — fu poi tolta nella definitiva compilazione del codice; il che è in armonia colla massima adottata già nella dottrina francese, sulla simile disposizione dell'art. 314 di quel codice, essendosi ritenuto unanimemente che bastasse aver concorso all'atto il marito anche solo *in qualità di dichiarante o di testimonio* (2). E per verità l'assistenza prestata dal marito all'atto in cui è dichiarato il parto della moglie sua senza fare alcuna protesta o riserva in contrario alla paternità che di lui presume la legge, dovrebbe naturalmente far ritenere ch'egli intendesse acconciarsi a tale presunzione e rinunziare tacitamente all'azione in disconoscimento che gli apparterrebbe.

Certo è, come nota giustamente il *Borsari* (3), che non potranno essere frequenti i casi d'intervento del marito all'atto in qualità semplicemente di testimonio o di dichiarante la nascita. S'egli vi prenderà parte, sarà per lo più *in qualità di padre*, ed avremo allora il riconoscimento *espresso*, che toglierà fuor di dubbio assolutamente l'azione in disconoscimento; od all'opposto sarà per protestare

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, vol. II, § 1, n. 6; Duranton, t. III, n. 30; Valette, l. c.; Demolombe, l. c.; Aubry et Rau, t. VI, § 545, 1°, n.ª 25.

(2) V. Demolombe, t. V, n. 69; Aubry et Rau, t. VI, § 545, 1°, n.ª 15.

(3) V. *Comm. al cod. civ.*, vol. I, § 406, n. II, pag. 612.

anzi contro la presunzione di paternità, e l'azione in disconoscimento non potrà che esserne rafforzata. Pure, per quanto raro, non è impossibile, nè improbabile il caso, che circostanze speciali inducano il marito a dichiarare egli stesso il parto avvenuto poco dopo il matrimonio, od anche ad intervenire come testimonio, senza voler riconoscere la paternità sua sul figlio di cui è dichiarata la nascita. Allora, s'egli intendesse conservare l'azione in disconoscimento, dovrebbe esprimerlo, facendo inserire nell'atto le opportune proteste o riserve. Altrimenti, poichè chi nasce da donna maritata è reputato aver per padre il marito, se non sia da lui disconosciuto, dee seguirne che il marito, concorrendo ad un atto destinato a constatare la maternità della moglie, venga implicitamente a riconoscere la propria paternità, perciò solo che non la nega.

Dalle premesse cose, e dal testo espresso dell'art. 161 nº 2º., è facile rilevare di quali condizioni sia necessario il concorso, affinchè cessi per questa causa l'azione in disconoscimento della paternità.

1º Bisogna, in primo luogo, che il marito abbia *assistito* all'atto di dichiarazione della nascita del figlio; e la *assistenza* non può intendersi per la sola *presenza materiale* al momento della compilazione dell'atto, ma in esso deve esser concorso il marito, sia poi in qualità di *dichiarante*, sebbene *non in qualità di padre*, sia poi in qualità di *testimonio*.

2º Se il marito intervenga come *dichiarante*, non è indispensabile l'assistenza personale di lui, ma può bastare che agisca col mezzo di un procuratore; salvo che richiedesi allora un *mandato speciale e per atto autentico*, acciocchè sia accertato che il marito, nel conferire questo mandato, abbia agito con piena conoscenza delle conseguenze legali che deriveranno dal prender egli parte, col mezzo d'un procuratore, all'atto di nascita, e l'ufficio prestato dal notaio allontani ogni sospetto di frode o sorpresa a danno della buona fede del marito .

Pel resto, ben s'intende che il mandato non basterebbe, se non fosse stato eseguito coll'assistenza del mandatario all'atto di dichiarazione della nascita.

3° L'assistenza del marito deve *constare dall'atto stesso di nascita;* e ciò per necessità delle cose, poichè se il marito ha preso parte a quell'atto in qualità di dichiarante o di testimonio, l'atto medesimo non può non contenerne menzione, e deve inoltre essere sottoscritto anche dal dichiarante e dai testimoni, o portare l'indicazione della causa dell'impedimento (art. 353 cod. civ.).

4° Bisogna, da ultimo, che l'atto non contenga proteste, riserve, od enunciazioni contrarie alla presunta paternità del marito. Le proteste verrebbero direttamente contro la presunzione che il concorso del marito all'atto di nascita recasse un tacito riconoscimento della paternità. Le riserve distruggerebbero pure la presunzione di una tacita rinunzia all'azione in disconoscimento, e lascierebbero quindi perfettamente salva quest'azione; nè varrebbe qui addurre la massima che *protestatio contra factum non valet*, non essendo incompatibili tali riserve col fatto in occasione del quale esse hanno luogo (1).

Le enunciazioni che fossero fatte nell'atto stesso di nascita e fossero contrarie alla presunzione di paternità del marito, impedirebbero pure naturalmente di poter trarre dall'assistenza di lui a quell'atto l'induzione ch'egli avesse tacitamente riconosciuta la paternità, o tacitamente rinunziato all'azione in disconoscimento. Così, se il figlio vi fosse stato dichiarato come *nato da padre sconosciuto*, o più ancora, *da genitori amendue ignoti*. Ma, bastando che nell'atto fosse designata la moglie come madre del bambino di cui è dichiarata la nascita, sarebbe poi indifferente che vi fosse o no enunciata la sua qualità di donna maritata, e ch'essa vi fosse indicata col proprio cognome di

(1) V. Zachariae, § 546, n. 1° 2), nª 1; Aubry et Rau, t. VI, § 545, 1°, nª 17; Laurent, t. III, n. 380.

famiglia o con quello del marito. Il fatto della nascita del figlio durante il matrimonio in cui sia legata la madre, essendo sufficiente ad indurre la presunzione di legittimità, basta quindi che la maternità della moglie consti dall'atto di nascita, perchè il concorso del marito a tale atto, senza alcuna protesta o riserva, debba valere rinunzia tacita ad impugnare quella presunzione mediante l'azione in disconoscimento.

III) La terza causa per la quale cessa, secondo l'articolo 161, l'azione in disconoscimento della paternità, consiste nell'essere il parto stato *dichiarato non vitale*. Di che appare chiarissima la ragione; avvegnachè chi non nasca *vivo e vitale*, non potendo assumere qualità giuridica di *persona*, non potendo essere *soggetto capace di diritti*, e dovendo quindi essere considerato giuridicamente come se non fosse mai esistito, ne deriva che manchi ogni interesse reale a provocare il disconoscimento della paternità, che diverrebbe uno scandalo inutile; nè d'altronde può esservi azione senza interesse.

Bisogna che la non vitalità del parto sia *dichiarata;* e, s'intende, *dichiarata giudizialmente*, in seguito all'avviso delle persone dell'arte, che si pronuncino intorno a questa quistione tutto fisiologica. Non sarebbe ammissibile il disconoscimento della paternità qualora fosse riconosciuto che alla creatura partorita, benchè nata viva, mancasse la *vitalità;* ma, dichiarata all'opposto la vitalità, per quanto prossima alla nascita del figlio ne fosse stata la morte, sarebbe tuttavia da ammettersi il disconoscimento, purchè esistesse un qualsiasi legittimo interesse a proporlo (1).

10. Deve riguardarsi come tassativa la disposizione dell'art. 161 del codice civile? In altri termini, sarebbe efficace in diritto la rinunzia all'azione del disconosci-

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 111; Aubry et Rau, t. VI, § 545, 1°, n.ª 21; Laurent, t. III, n. 380.

mento della paternità, che dal marito o dai suoi eredi si facesse *in modo espresso*, o in *modi taciti diversi da quelli nell' articolo predetto contemplati?* È una questione che, controversa già in diritto francese, non ha cessato di esserlo nel nostro. Nella dottrina francese formaronsi due opinioni. L'una considerava la disposizione dell'art. 314 di quel codice (corrispondente al 161 del codice Italiano) come *dimostrativa;* sicchè non solo potesse valere la *rinunzia espressa* del marito, o degli eredi di lui, all'azione in disconoscimento della paternità, ma eziandio la *rinunzia tacita* per qualunque fatto che, a prudente giudizio de' magistrati, importasse riconoscimento della verità di quella presunzione di legittimità che la legge stabilisce a favore del figlio nato durante il matrimonio (1).

L'altra opinione riguardava invece come *tassative* le disposizioni della legge, quanto alla *rinunzia tacita* all'azione in disconoscimento *da parte del marito;* ritenendo però sempre l'efficacia della *rinunzia espressa* sì di lui che degli eredi, e per questi ultimi l'ammissibilità eziandio di *qualunque specie di riconoscimento tacito* (2).

Nella dottrina nostra vi ha chi accetta senz'altro la massima che il marito possa efficacemente rinunziare " espressamente anche con atto privato, o *tacitamente con* " *ogni genere di fatti*, al diritto di disconoscere la sua pa- " ternità, *perciocchè questo diritto è concesso al marito e ai* " *suoi eredi pel loro privato interesse* (3).

Il *Borsari*, al contrario, è d'avviso che ritenuta sempre l'ammissibilità della *rinuncia espressa*, in qualunque forma fatta, all'azione in disconoscimento, non possa attribuirsi efficacia alla *rinuncia tacita* se non quando essa risulti da uno dei fatti indicati nell'art. 161. Argomenta egli dal ca-

---

(1) V. Marcadé, art. 314, § II, n. 14; Demolombe, t. V, n. 74, 76; Aubry et Rau, t. VI, § 545, n[a] 19.

(2) V. Zachariae, § 546, 1° 2), n. 2, n[e] 15, 16, 17, 2[a] ed. Bruxelles; Laurent, t. III, n. 381.

(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, L. I, n. 458, 5°, pag. 317.

rattere dell'azione in disconoscimento, " la quale essendo fondata nella esclusione dimostrata del concepimento in tempo legittimo „, deve riguardarsi come *favorevole;* epperò tale da non potersi di leggieri ritenerla come esclusa, nè specialmente sul fondamento di fatti abbandonati ad un apprezzamento arbitrario, ma solo per le cause specialmente determinate dalla legge. Argomenta eziandio dallo spirito di tutto il sistema concernente questa materia; la quale, pei grandi interessi che comprende, è regolata dalla legge con disposizioni precise e di rigore. Osserva infine che ai casi i quali potessero considerarsi di riconoscimento tacito, e non fossero previsti nell'art. 161, è provveduto abbastanza con altre disposizioni; ma solamente quando ne risulti costituito un vero *possesso dello stato di figlio legittimo* (art. 171 cod. civ.); nella quale ipotesi sarebbe certamente inammissibile l'azione in *disconoscimento* (1). Altri aggiunse, che " i casi di rinunzia implicita all'azione " in disconoscimento sono tassativamente designati nel- " l'art. 161, e, trattandosi di decadenza dall'esercizio di " un diritto, non è lecito aggiungere alla legge, introdu- " cendo una presunzione dalla medesima non ricono- " sciuta „ (2).

Da quanto fu sopra riferito risulta l'accordo unanime degli autori francesi e nostri nell'ammettere la piena validità della *rinunzia espressa all'azione in disconoscimento;* o quella rinunzia proceda dal marito stesso, o dopo la morte di lui dagli eredi. Veramente non sembrerebbe accettabile con tanta sicurezza, con quanta fu enunciata, la massima che l'azione in disconoscimento abbia a reputarsi come *indotta nel solo privato interesse delle persone alle quali è attribuita*, epperò debba sempre esserne pienamente efficace la rinunzia, per applicazione del principio che ognuno può sempre rinunziare ai benefizi accordatigli unicamente

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, vol. I, § 406, II, pag. 613.
(2) V. Ricci, vol. I, n. 237, pag. 291.

per suo particolare vantaggio. A questo concetto sembra ripugnare la natura dell'azione in disconoscimento; la quale avendo per oggetto *lo stato delle persone*, non può quindi considerarsi come attinente al solo interesse privato, sibbene manifestamente anche all'ordine pubblico. Intorno a ciò, per altro, è necessario distinguere le persone dalle quali *l'azione in disconoscimento* può essere esercitata; che sono *il marito e, dopo la sua morte, gli eredi di lui* (d°. art. 161, § 1 cod. civ.). Presso il marito l'azione predetta ha per fondamento un interesse non tanto *pecuniario*, quanto anche *morale;* e ne' suoi effetti, non solo colpisce lo stato personale del figlio, ma modifica lo stato personale del marito stesso che la esercita. Da ciò deriva che da una parte quell'azione debba considerarsi, durante la vita del marito, come *strettamente personale* a lui; sicchè nessun altro, *neppure in nome di lui*, possa esercitarla; ma che d'altra parte, trattandosi di azione relativa allo *stato civile della persona* a cui appartiene, non abbia a considerarsi come cosa di puro interesse privato, di cui quindi si possa liberamente disporre, ma invece come cosa che, attenendosi essenzialmente all'ordine pubblico, è soggetta all'esclusivo impero della legge, così da non poter essere lecito il rinunziare a quell'azione se non in quanto la legge medesima ne conceda chiaramente la facoltà. Passando poi dal marito, dopo la sua morte, *agli eredi* di lui, l'azione in disconoscimento cangia sostanzialmente carattere; imperocchè presso gli *eredi* non ha più fondamento in un *interesse morale*, ma *sull'interesse pecuniario*, nè può quindi più considerarsi come *strettamente personale*, nè come attinente all'ordine pubblico; ed avendo per base soltanto un *materiale interesse privato*, cade quindi nella libera facoltà di disposizione per parte delle persone alle quali appartiene; sicchè la loro rinunzia, in qualunque modo fatta, deve avere piena efficacia, senza bisogno che la legge nè esplicitamente nè implicitamente l'ammetta, salvo solo se essa espressamente la vietasse.

La conclusione pertanto a cui, trattando la questione in pura teoria, sembrerebbe doversi giungere, sarebbe questa: che l'azione in disconoscimento, in quanto spetti al marito, non sia suscettibile di rinunzia nè espressa nè tacita, se non dove la legge esplicitamente o implicitamente, ma in ogni caso in modo chiaro e certo, l'ammetta; che all'opposto l'azione stessa, in quanto spetti agli eredi del marito, sia sempre suscettibile di rinunzia o espressa o tacita, da qualunque fatto risulti quest'ultima, purchè tale da manifestare chiaramente la volontà dei rinuncianti.

Ciò posto, la questione, per ciò specialmente che riguarda il marito, ridurrebbesi tutta ad esaminare, se dal testo legislativo risulti o no chiaramente l'intendimento di concedere al marito stesso la facoltà di rinunziare all'*azione in disconoscimento* in modo espresso, od in modo tacito diverso da quelli che nel testo medesimo furono previsti.

Ora, che cosa fece il codice Italiano nell'articolo 161? Determinò, ai num. 1° e 2°, alcuni fatti, i quali verificandosi da parte del marito, tolgono a lui medesimo ed ai suoi eredi l'azione in disconoscimento della paternità. Ma con ciò stesso venne la legge implicitamente a riconoscere nel marito la facoltà generica di spogliarsi, per privata sua volontà, del diritto di disconoscere il figlio nato durante il matrimonio ma concepito prima. Posto il quale principio, riesce una vera necessità l'ammettere ancora la rinunzia espressa del marito all'azione predetta; poichè sarebbe un'assurdità che quanto può farsi per *volontà tacita*, risultante da fatti da cui la legge la induce, non fosse lecito per manifestazione espressa d'identico volere.

“ Un riconoscimento espresso della paternità — disse “ il *Zachariae* nel luogo sopra citato — deve almeno va- “ lere quanto un qualsiasi riconoscimento tacito „. E il *Laurent:* “ Se un riconoscimento tacito può essere opposto “ all'azione in disconoscimento, a maggior ragione altret- “ tanto dev'essere del riconoscimento espresso, perchè la “ confessione formale fatta dal marito, della sua paternità,

" ha maggior forza d'una confessione tacita, essendo meno
" certa la volontà tacita che l'espressa... „.

Per converso l'essere stati dalla legge previsti i casi nei quali può ritenersi avvenuta *rinunzia tacita* del marito all'azione in disconoscimento, ben lungi dal lasciar luogo ad ammettere altri casi diversi di somigliante rinunzia tacita, dee far ritenere quelli come *tassativi;* poichè non si vedrebbe motivo giustificante una enumerazione *puramente dimostrativa*, quando infiniti altri casi potrebbero immaginarsi, nei quali fosse deducibile da fatti particolari l'intenzione di rinunziare all'azione di sconoscimento. Se la legge *non avesse voluto limitare i modi di rinunzia tacita*, sarebbesi contentata di dichiararla in genere efficace, lasciando totalmente alla prudenza dei giudici la valutazione dei fatti dai quali si potesse dedurla. L'enumerazione speciale di alcuni fra tali fatti, rivela manifestamente l'intendimento di escludere gli altri, nello scopo ben giustificato di non abbandonare all'arbitrio un punto tanto grave ed importante all'interesse, non solo privato, ma anche pubblico, qual' è la conservazione o l'estinguimento dell'azione per disconoscere la paternità legittima. La legge ha trascelto i fatti che, per considerazione anche di moralità pubblica (come la conoscenza della gravidanza, prima del matrimonio) o per certezza e solennità di manifestazione della volontà (come l'assistenza del marito all'atto di nascita) dovevano far ritenere senz'altro la rinunzia tacita alla azione in disconoscimento; ed ha escluso gli altri che (come l'aver presentato il figlio al fonte battesimale, l'averlo dato a nutrice, e simili) potevano lasciar luogo ad incertezze di prove e di valutazione.

Riportiamo qui pure le parole del *Laurent* nel luogo già indicato: " Il testo implica una restrizione in quelle pa-
" role " *nei casi seguenti* „, le quali parole non avrebbero
" più senso qualora fosse ammesso qualunque specie di
" riconoscimento o di rinunzia tacita. D'altronde non bi-
" sogna dimenticare che il diritto di disconoscimento spet-

" tante al marito è assoluto, e non deve ricevere eccezione
" che quando egli stesso abbia riconosciuta la sua pater-
" nità. Ora, la confessione espressa non lascia luogo a
" dubbiezza, ma la tacita è sempre più o meno incerta.
" Il legislatore ha dunque ben fatto di definirla in modo
" preciso e l'interpretazione restrittiva ha fondamento
" tanto sullo spirito che sul testo della legge „.

L'interpretazione dell'art. 161 versò finora intorno alla rinunzia espressa o tacita all'azione in disconoscimento spettante al marito. Ma che cosa deve dirsi di quella che appartenga, dopo la morte di lui, ai suoi eredi? Per essi l'articolo predetto non parla nè di rinunzia espressa nè tacita; e nei numeri 1° e 2° contempla, non già fatti degli eredi che importino rinunzia tacita di essi all'azione in disconoscimento, ma *fatti del marito*, i quali privano di tale azione sì lui medesimo che gli eredi. Che cosa significa questo? Che la legge si riferisce, rispetto agli eredi del marito quanto alla loro rinunzia espressa all'azione di disconoscimento, e quanto ai fatti loro che possano indurre la rinunzia tacita, ai principii generali di diritto applicabili alla soggetta materia; i quali principii insegnano, come dimostrammo, che, trattandosi di azione fondata per gli eredi sopra un semplice interesse privato e pecuniario, può avere pieno effetto non solo una rinunzia espressa, ma eziandio una *rinunzia tacita*, risultante da qualunque fatto valevole per dimostrarla a prudente criterio dei magistrati giudicanti. A conferma delle teorie sin qui esposte e della conforme interpretazione del testo dell'art. 161, ci sembra poi concorrere qualche altra argomentazione che può trarsi da dati storici intorno all'articolo medesimo. Nel primo progetto presentato dal ministro guardasigilli, l'art. 155 (corrispondente all'attuale 161) conteneva un primo numero, in cui dichiaravasi non potersi disconoscere la paternità, nè dal marito nè dagli eredi di lui, pel figlio nato prima che siano trascorsi 180 giorni dopo il matrimonio, " *quando il marito vi abbia, prima o*

" *dopo la nascita, espressamente rinunziato* „. Seguivano poi, sotto i numeri 2, 3, 4, le stesse disposizioni che ora leggonsi nei numeri 1, 2, 3 dell'articolo 161. Da ciò emergeva, molto manifestamente, *ammettersi sempre la rinunzia espressa* del marito; *ammettersi la rinunzia tacita nei soli casi successivamente espressi*, i quali perciò dovevano di necessità aversi per *tassativi*.

Nell'art. 173 del progetto concordato colla Commissione del Senato, scomparve quel primo numero dell'art. 155 del progetto ministeriale; e la Commissione ne accennava i motivi seguenti:

" Nell'art. 155 del progetto, si disponeva che più non " potesse disconoscere la paternità del figlio, nato prima " di centottanta giorni dal matrimonio, il marito che abbia " espressamente rinunciato alla sua azione prima o dopo " la nascita.

" Non è sembrata nè necessaria nè decente questa di- " chiarazione; *non necessaria*, perchè *bastando a privare il* " *marito del diritto d'impugnare la sua paternità la rinunzia* " *tacita derivante dalla sola scienza della gravidanza prima* " *del matrimonio, lo stesso deve essere a maggior ragione* " *della rinunzia espressa. Non decente*, perchè la rinuncia " supponendo l'esistenza del diritto, non può non apparire " sospetta di turpe raggiro o mercato. Ben si comprende " che lo sposo o prima, o nell'atto stesso del matrimonio, " si possa riconoscere padre della prole di cui la sposa si " trova incinta, ma tra questo riconoscimento ed un atto " di rinunzia all'azione di disconoscimento della paternità, " corre un evidente divario „ (1).

Così pertanto, sebbene paresse *non decente* la rinunzia espressa all'azione in disconoscimento, epperò si volesse evitare di parlarne esplicitamente nel testo legislativo, pure venivasi a riconoscere che, se una tale rinunzia espressa fosse fatta, dovrebbe avere piena efficacia, a maggior ra-

---

(1) V. Relazione Vigliani, pag. 59.

gione che la rinunzia tacita. E venivasi a riconoscere parimente che la rinunzia tacita per parte del marito, non poteva aver luogo se non per le cause specialmente determinate dalla legge.

Riepilogando adunque, crediamo poter dire dimostrate le seguenti massime:

1° La rinunzia espressa all'azione in disconoscimento può aver luogo tanto da parte del marito, quanto, dopo la sua morte, dagli eredi di lui. E poichè la legge non traccia nessuna norma particolare quanto alla forma in cui la rinunzia espressa possa farsi, ne segue aver essa pieno effetto senza esser soggetta a nessuna speciale condizione di forma estrinseca. Così varrà ancorchè fatta per scrittura privata, ed anche per semplice lettera missiva; e sarà indifferente pure che sia avvenuta in tempo anteriore o posteriore alla nascita del figlio. Nè alla prima di queste massime potrebbesi opporre per analogia la disposizione dell'art. 181, che pel riconoscimento d'un figlio naturale esige un atto pubblico; non trattandosi qui di un figlio *naturale*, ma di un *legittimo;* nè propriamente di un *riconoscimento*, ma di una *rinuncia alla facoltà del disconoscimento* (1).

2° La *rinunzia tacita* può aver luogo, quanto al marito, *pei soli fatti tassativamente determinati* nell'art. 161; ma quanto agli eredi del marito può aver luogo per qualunque fatto da cui, a prudente giudizio del magistrato, inducasi la volontà di quella rinunzia.

Per esaurire completamente il quesito propostoci in questo numero, resta di sciogliere un ultimo dubbio: se cioè debba riguardarsi come *tassativa* almeno la disposizione dell'ultimo numero dell'articolo 161, che dice non potersi disconoscere la paternità *quando il parto fosse dichiarato non vitale.* Ma questo dubbio cessa ben presto, se

---

(1) V. DEMOLOMBE, t. V, n. 75; AUBRY et RAU, t. VI, § 545, n^a 20; LAURENT, t. III, n. 381, pag. 467.

si osservi che la *vitalità suppone la vita;* ond'è che se si trattasse d'un *nato morto*, sarebbe certa l'applicabilità dell'art. 161, n. 3°, e diverrebbe inammissibile il disconoscimento della paternità.

Oltre a ciò il disposto dal n. 3° dell'art. 161, non è altro, come abbiamo visto, fuorchè l'applicazione d'una massima assai più estesa, la quale emanando direttamente dai principii generali di diritto, come una necessità imprescindibile, non ha bisogno d'essere proclamata in un testo espresso di legge. Questa massima è che non possa farsi luogo ad azione di disconoscimento della paternità, come a nessun'altra, se non dove esista un interesse che possa dar fondamento all'azione medesima. Può bastare pel marito l'*interesse morale e giuridico* relativo allo stato suo personale, e consistente nel rivendicare il proprio diritto di non considerarsi padre del figlio concepito prima del matrimonio. Ma quando l'azione di disconoscimento passi, per la morte del marito, agli eredi di lui, richiedesi per essi un *interesse pecuniario*. Quindi è che quando pure il figlio sia nato *vivo e vitale*, non si farà luogo tuttavia all'azione in disconoscimento, se questa non presenti un qualche interesse. Se in vece un interesse vi sia, non farà ostacolo all'azione in disconoscimento l'essere morto il figlio poco dopo ch'era nato vivo e vitale (1).

Secondo un'autorevole opinione, anche pel marito richiederebbesi uno speciale interesse pecuniario affinchè potesse disconoscere la paternità sua rispetto al figlio nato dalla moglie prima del compimento di 180 giorni dopo il matrimonio. Alla condizione della vitalità — disse l'autore — " bisogna aggiungerne un'altra, che risulta " dai principii generali: *il marito deve avere un interesse* " *qualunque pel disconoscimento; altrimenti sarebbe da di-* " *chiararsi irricevibile* „ (2). Qualora si tratti d'un *parto*

---

(1) V. Aubry et Rau, t. VI, § 545, nª 21.
(2) V. Laurent, t. III, n. 380, pag. 466.

dichiarato non vitale, non è concepibile veramente alcun interesse che possa dar fondamento ad un'azione in disconoscimento di paternità; e perciò appunto la legge nega esplicitamente una tale azione tanto al marito finchè vive, quanto dopo la sua morte, agli eredi di lui. Ma il figlio che nasce vivo e vitale, benchè prima che siano trascorsi 180 giorni dopo il matrimonio della madre, ha per sè la presunzione legale di stato legittimo; presunzione però che il marito può distruggere col semplice disconoscimento della paternità. Ora, a fare questo disconoscimento il marito ha indubbiamente un interesse legittimo, trattandosi di far riconoscere e stabilire giudizialmente i rapporti suoi di stato personale con quel figlio. Perchè dunque vorrebbesi richiedere di più, che il marito potesse allegare a fondamento della sua azione un particolare interesse pecuniario attuale? È accettato, è vero, universalmente, come principio di ragione, che nessuna domanda è ricevibile se non quando chi la esercita abbia un interesse *nato ed attuale* a proporla: ma è pure *nato ed attuale* l'interesse che ha il marito a rimuovere la presunzione legale di paternità legittima, che sta contro di lui rispetto al figlio partorito dalla moglie prima del compimento del 180[mo] giorno dalla celebrazione del matrimonio; nè è detto che il solo interesse pecuniario possa dar fondamento ad una azione. Oltre di che, disconoscendo la paternità, il marito si sottrae anche alle conseguenze d'indole pecuniaria derivanti dalla presunta legittimità del figlio precocemente nato; tra le quali vi è l'obbligazione di provvedere all'allevamento di lui: il che pure costituisce un interesse legittimo. Pertanto non sapremmo pentirci di aver affermato, nella prima edizione di questo corso, che pel marito è sufficiente, a fondamento dell'azione in disconoscimento di paternità, a senso dell'art. 161, l'interesse giuridico ch'egli ha per ciò che riguarda lo stato suo personale; a differenza degli eredi di lui, pei quali si richiede un interesse pecuniario.

Secondo il primo progetto del codice Francese volevasi subordinare l'ammissibilità del disconoscimento del *figlio nato prima del centottantesimo giorno dal matrimonio*, alla condizione della sopravvivenza di lui durante dieci giorni almeno dopo la nascita: cosicchè la creatura partorita, che fosse sopravvissuta per questo periodo di tempo, sarebbe stata per legge reputata vitale ed avrebbe potuto essere disconosciuta dal marito, benchè di fatto fosse conformata in modo da non poter prolungare la vita, ed il contrario sarebbe stato per quella che avesse vissuto meno di dieci giorni ancorchè la sua costituzione fosse tale da poter avere una esistenza normale. Ma nella discussione del Consiglio di Stato si osservò che una tale disposizione " avrebbe posta la madre nella dolorosa alternativa di " desiderare la morte della propria creatura, o temere un " disconoscimento che avrebbe colpito per sempre il suo " onore; e che per conseguenza la vita del nascituro sa- " rebbe stata esposta a venir sagrificata, se non per un " reato, almeno per una negligenza il cui effetto sarebbe " per lui identico ". Le quali considerazioni persuasero a prescindere dal fissare un numero qualunque di giorni pei quali avendo vissuto la creatura partorita precocemente, se ne presumesse la vitalità e si permettesse perciò al marito il disconoscimento della paternità, ed a lasciare quindi alla prudenza dei giudici, illuminati dall'avviso delle persone dell'arte, di stabilire secondo le varie circostanze di fatto, e principalmente secondo la durata della gestazione, ed anche secondo la durata più o meno breve della vita estrauterina del figlio, s'egli fosse o no conformato in modo da essere destinato a vivere.

11. Fu dimostrato sopra che sebbene la presunzione di paternità del marito rispetto al figlio concepito durante il matrimonio sia, per suo carattere generale, assoluta, pure essa ammette eccezionalmente la prova contraria in alcuni casi particolari, *tassativamente determinati dalla legge*, nei

quali si riesca, colla dimostrazione di certi fatti da essa previsti, ad escludere la possibilità della paternità del marito.

Ora resta di conoscere quali siano i casi *tassativi* in cui è ammessa la negazione della paternità, facendo prova contraria alla presunzione comune della legge.

Quei casi sono i seguenti:

1° quando *nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita* del figlio, il marito sia stato *nella fisica impossibilità* di coabitare colla moglie, sia *per lontananza*, sia *per altro accidente* (art. 162 codice civile);

2° quando *per tutto il tempo predetto* il marito *abbia vissuto* in uno stato di *legale separazione dalla moglie* (articolo 163 cod. civ.);

3° quando, *nel medesimo intervallo*, il marito sia stato affetto da *manifesta impotenza* (art. 164 cod. civ.);

4° infine quando sia provato l'*adulterio* della moglie, e concorra la circostanza che sia stata *celata al marito la nascita del figlio*, e secondo i casi, siano provati eziandio altri fatti, il cui concorso basti ad escludere la paternità (art. 165 cod. civ.).

Ciascuna di queste cause di negazione della paternità, domanda qualche particolare spiegazione.

Premettiamo però che, per la computazione del tempo nel quale quelle cause di negazione della paternità debbano essersi verificate, sembra certo, sia per le espressioni stesse degli art. 162 e 163, sia per quanto già fu dimostrato, che i fatti costituenti le cause sopradette debbano aver durato *dal cominciare del trecentesimo giorno, fino a dopo cominciato il centottantesimo giorno, avanti quello della nascita.*

Abbiam visto infatti esservi *illegittimità*, dipendentemente dalla *massima* durata che si presume possibile della gestazione, alloraquando tra il giorno in cui potè avvenire il concepimento per opera del marito e quello della nascita del figlio (non computati nè l'uno nè l'altro) *siano*

scorsi trecento giorni intieri. Diciamo dover essere trascorsi *trecento giorni intieri*, ritenendo inaccettabile, per le ragioni che dimostrammo, la teoria professata dal *Laurent* e seguìta dal *Ricci*, contro l'opinione comune degli altri autori, che il tempo sia da computarsi *ad ore* anzichè *a giorni* (1). Ora è chiaro che *se la impossibilità del concepimento per opera del marito siasi verificata solamente dopo cominciato il trecentesimo giorno avanti quello della nascita*, non saranno trascorsi, tra quei termini estremi, trecento giorni intieri. Rimarrà dunque allora inalterabile la presunzione di paternità del marito.

Parimente abbiam visto esservi *illegittimità*, dipendentemente dalla *minima* durata che si presume possibile della gestazione, allorchè, tra il giorno in cui potè essere concepito il figlio per opera del marito e quello della nascita del figlio stesso (non computato nè l'uno nè l'altro) *non siano trascorsi centottanta giorni intieri.* Ora è manifesto che *se la impossibilità del concepimento per opera del marito sia cessata prima che cominciasse il centottantesimo giorno avanti quello della nascita*, saranno trascorsi tra i detti due termini estremi 180 giorni intieri, epperò la legittimità del figlio sarà irrepugnabile; che se al contrario fosse già cominciato il centottantesimo giorno prima di quello della nascita, allorchè divenne possibile che il concepimento fosse ad opera del marito, non saranno compiuti i 180 giorni che costituiscono il minimo possibile della gestazione, e perciò avremo la illegittimità del figlio.

Ancora è da notare, che quantunque negli articoli 162 al 165 non sia espressamente ripetuto ciò che fu detto nel precedente art. 161, che cioè non possa farsi luogo a disconoscimento della paternità *quando il parto fosse dichiarato non vitale*, pure questa medesima massima deve necessariamente applicarsi anche al disconoscimento del

(1) V. sopra, n. 4, pag. 19; Laurent, t. III, n. 391, pag. 485, s.; Ricci, vol. I, n. 234, pag. 286, 287.

figlio concepito durante il matrimonio, in virtù dei principii generali di diritto. Non può negarsi infatti che pel figlio concepito durante il matrimonio, non meno che per quello concepito prima, è sempre vero che il non esser esso nato vivo e vitale toglie ogni interesse reale all'azione che si volesse esercitare per disconoscerlo; epperò devesi osservare la massima, che dove non vi ha interesse non può esservi azione. Certamente il marito potrebbe anche allora constatare colle opportune prove l'impossibilità della paternità sua sul figlio partorito dalla moglie, per farne base di tutt'altra azione, per esempio dell'azione in separazione di convivenza; ma non potrebbe essere ammesso ad un'azione in disconoscimento contro il figlio, il quale non essendo nato vitale, è riguardato in diritto come non mai esistito, sicchè nè egli, nè altri in rappresentanza di lui, potrebbe mai accampare diritti cui si abbia interesse a rimuovere col mezzo dell'azione in disconoscimento.

Il maggior numero dei giureconsulti che scrissero intorno al codice Francese reputarono decisivo l'argomento dedotto dal principio che niuno può esercitare un'azione se non abbia interesse a proporla, per dedurne che quando anche si tratti di prole concepita durante il matrimonio, l'azione in disconoscimento non è ricevibile qualora il figlio sia venuto morto al mondo, o nato vivo, sia stato dichiarato non vitale (1).

Il *Marcadé*, tra gli altri, si espresse in una forma, a nostro avviso, stringentissima, che amiamo di riportare: « Quando il figlio non è nato *vitale*, e cioè vivente e di più « costituito in modo da continuare a vivere, *vitae habilis*, « nè da lui nè da alcun suo rappresentante potrà essere « vantata mai alcuna specie di diritti, ed egli sarà consi- « derato dalla legge come non mai esistito. Perciò la legge

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 34; Demante, *Cours analyt. de code civil*, t. II, n. 41 *bis*, VI; Zachariae, § 546, n^a 56; Marcadé, art. 314, § II, t. II, n. 15; Demolombe, t. V, n. 39; Aubry et Rau, t. VI, § 545, n^a 64; Laurent, t. III, n. 378.

" non doveva permettere uno scandalo inutile. Questo mo-
" tivo della legge (cioè dell'art. 314 codice Francese, a cui
" corrisponde il 161 del cod. It.) fa comprendere abba-
" stanza che l'impossibilità di disconoscere un parto dichia-
" rato non vitale *devesi applicare in tutti i casi possibili.*

" Certamente il marito sarebbe ammissibile a provare,
" per esempio, l'impossibilità fisica della sua coabitazione
" colla moglie per dedurne che questa avesse commesso
" adulterio, e far quindi pronunziare la separazione per-
" sonale, ma non potrebbesi far questione di disconosci-
" mento del figlio, perchè in ogni caso l'*interesse è la base*
" *delle azioni*, e qui non vi è alcun interesse possibile a
" farne il disconoscimento „.

Alcuni altri autori hanno professata una teoria contraria, appoggiandola alle seguenti considerazioni: che l'art. 314 codice Francese (161 cod. Italiano), vietante il disconoscimento della paternità *quando il parto sia dichiarato non vitale*, dispone solamente pel caso che si tratti di *figlio nato prima del* 180mo *giorno dal matrimonio;* e come *disposizione eccezionale*, non è quindi estendibile all'altro caso di un *figlio concepito durante il matrimonio;* e che il marito può avere interesse a *proporre il disconoscimento del figlio*, e così a provare l'adulterio della moglie " *al fine* " *di giungere alla separazione di corpo* „ (1).

Ma a quest'ultimo argomento, addotto specialmente dal *Proudhon*, rispose lo stesso annotatore di lui, *M. Valette:* che se il marito può avere interesse a provare l'adulterio della moglie per farne fondamento ad una istanza di separazione contro di lei, ciò non giustifica che codesto interesse sia allegabile per l'esercizio di un'azione di disconoscimento che sarebbe rivolta contro il figlio, il che vale come dire, nell'ipotesi nostra, contro " un essere che non " ha mai avuto vita, nè attitudine a vivere „ (2).

(1) V. PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, pag. 33-35; TOULLIER, t. II, n. 822; DELVINCOURT, t. I, pag. 88, n^{a} 8.
(2) V. VALETTE sur PROUDHON, l. c., n^{a} (*a*).

All'altro argomento poi — che sarebbe veramente il più grave — del non potersi estendere, perchè costituente eccezione, il divieto di disconoscimento recato dal n. 3 dell'art. 314 cod. Francese (art. 161 cod. Italiano), al figlio reputato concepito durante il matrimonio, rispose giustamente il *Laurent* nel luogo sopra ricordato “ esservi ecce-
“ zioni estendibili, e cioè quelle colle quali non si fa che
“ applicare un principio generale, e che esisterebbero
“ anche senza bisogno d'essere consacrate formalmente.
“ È tale appunto il caso del *parto dichiarato non vitale*,
“ perchè un tal caso si risolve nella mancanza d'interesse
“ al disconoscimento, e nessuna azione può esistere senza
“ interesse „.

12. 1) La prima delle cause di negazione della paternità indicate nel numero precedente è dichiarata dall'art. 162 nei seguenti termini:

“ Il marito può ricusare di riconoscere il figlio concepito
“ durante il matrimonio col provare, che *nel tempo decorso*
“ *dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della na-*
“ *scita* del figlio, egli era *nella fisica impossibilità* di coabi-
“ tare colla moglie, per causa di allontanamento o per
“ effetto di altro accidente „.

Dopo l'esposizione già fatta dei principii generali intorno alle cause per le quali si può ricusare di riconoscere il figlio concepito durante il matrimonio, sarebbe superfluo insistere specialmente per la giustificazione di questa. È troppo evidente che se fu fisicamente impossibile la congiunzione dei coniugi, si oppone una realtà tanto manifesta ed assoluta alla presunzione legale di paternità, che questa non potrebbe continuare a sostenersi. — Ma, come ora ricordammo e come risulta dal testo dell'articolo surriferito, è necessario che siavi stata *impossibilità fisica* di congiunzione del marito colla moglie nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio, perchè facciasi luogo al disconoscimento.

Il parificare ai casi d'impossibilità fisica quelli d'*impossibilità morale*, avrebbe aperto larghissimo campo ad un arbitrio che non poteva esser ammesso in materia d'indole tanto delicata quanto lo è lo stato di filiazione legittima. Non era da permettere ai giudici di entrare in quelle minuziose indagini di particolari circostanze, in quelle valutazioni individuali di probabilità più o meno gravi, da cui potessero ritrarre la convinzione d'una semplice *inverisimiglianza* che la coabitazione dei coniugi avesse potuto verificarsi. L'impossibilità *assoluta*, fondata *sopra fatti materiali*, era la sola a cui la presunzione legale della paternità dovesse cedere; ogni dubbio deve risolversi in senso favorevole alla legittimità; ogni possibilità della coabitazione anche solo temporanea dei coniugi deve consolidare la presunzione di paternità del marito.

D'altra parte però non bisogna spingersi tant'oltre in quest'ordine di idee, da ritenere che nulla sia lasciato alla valutazione discrezionale dei tribunali, all'infuori della constatazione dei fatti testualmente indicati dalla legge come cause della impossibilità fisica di coabitazione dei coniugi. Ciò sarebbe troppo, non essendo possibile al legislatore di tutto prevedere; e di vero egli ha affidato moltissimo al potere discrezionale dei magistrati, ammettendo come causa di negazione della paternità, oltre all'*allontanamento* dei coniugi, *qualunque altro accidente* che abbia resa ad essi fisicamente impossibile la coabitazione. Quello adunque che è veramente ed unicamente essenziale si è che siano constatati *ostacoli materiali*, da cui risulti la *impossibilità assoluta* che siasi verificata la congiunzione de' coniugi nel tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento del figlio. Ma non è punto necessario che tali ostacoli siano di loro natura essi stessi assoluti, per modo da dover produrre di per sè soli, ed in qualunque contingenza, quella impossibilità fisica; e può ben bastare che la producano in rapporto colle particolari circostanze del caso, la cui valutazione è naturalmente rimessa, come

sempre, ai giudici del fatto. Le quali considerazioni avranno una più speciale applicazione a quanto concerne l'*allontanamento* dei coniugi, del quale discorreremo tra breve.

Un altro carattere proprio di questa prima causa di negazione della paternità, è la *temporaneità* dei fatti che vi dànno luogo. Ciò risulta abbastanza dalla natura stessa delle cose, non trattandosi d'altro che di constatare l'impossibilità fisica della congiunzione dei coniugi *nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio;* ed è poi confermato dal considerare le cause di quella fisica impossibilità previste dalla legge, che sono l'*allontanamento*, di natura sua temporaneo, ed ogni altro *accidente* da cui l'impossibilità predetta abbia potuto derivare; mentre quando si tratti di una causa non accidentale e temporanea, ma *permanente*, che produca l'impossibilità fisica della congiunzione dei coniugi, s'incontra il caso della *impotenza* del marito, caso che è regolato dal codice con altra e ben distinta disposizione, quella cioè dell'art. 164. Questa osservazione valga a rilevare un punto abbastanza importante; che cioè nella disposizione dell'art. 162 può bene comprendersi qualunque causa accidentale che abbia impedito fisicamente al marito di compier l'atto della generazione durante il tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio; ma non vi si comprende il caso dell'*abituale impotenza* del marito, sia poi *naturale* od *accidentale* soltanto la causa da cui tale impotenza sia derivata, essendo questo caso regolato esclusivamente dalla particolare disposizione dell'art. 164.

Potrebbesi credere attribuibile a questa prima causa di negazione della paternità un terzo carattere speciale, che consistesse nel dover essere *posteriore alla celebrazione del matrimonio* il fatto che produce l'impossibilità fisica della coabitazione dei coniugi. Così infatti ritenevano, almeno per massima generale, gli autori francesi. Essi argomenta-

vano, in primo luogo, dal testo della legge, che comprendendo nella stessa disposizione l'*allontanamento* e *qualunque altro accidente* sopravvenuto al marito, dimostrava abbastanza non trattarsi di fatti anteriori al matrimonio. Argomentavano ancora dallo spirito della legge stessa, perchè il codice Francese vietava al marito il disconoscimento di paternità che si fondasse sull' *impotenza naturale* di lui, sebbene manifesta, non volendo la legge ascoltare il reclamo del marito che avesse avuto la colpa d'ingannare la donna, che lo sposava ignorandone l'impotenza. Ora, dicevasi, questa considerazione stava ugualmente quando anche l'impotenza risultasse da una causa accidentale, se però questa fosse stata anteriore al matrimonio (1). Ma evidentemente quest'ultimo argomento non avrebbe alcun valore per noi, poichè nel nostro codice, all'articolo 164, è stabilita la massima precisamente opposta a quella dell'art. 313 del codice Francese, avendo il nostro legislatore ammessa tra le cause di sconoscimento della paternità anche l'*impotenza naturale* del marito, purchè sia *manifesta*. Quanto poi all'altra osservazione, non pare accettabile l'idea che pel solo fatto d'essersi considerato in una stessa disposizione l' *allontanamento*, necessariamente posteriore alla celebrazione del matrimonio, e tutti gli altri *accidenti*, producenti l'impossibilità fisica di coabitazione, i quali invece potrebbero essere *anteriori*, siasi inteso di esigere la posteriorità anche di questi. Può darsi che una circostanza speciale ed accidentale che impediva al marito, prima della celebrazione del matrimonio, di compier l'atto della generazione, sia continuata anche al momento di quella celebrazione e dopo, per tutto il tempo nel corso del quale può ritenersi avvenuto il concepimento del figlio. Nè vi sarebbe ragione per escludere la negazione della paternità a fronte di questa circostanza, che renderebbe

(1) V. Zachariae, § 546, n. 3° 1), n^a^ 42, 2^a^ ediz. Bruxelles; Marcadé, art. 312, § III, t. II, n. 6; Demolombe, t. V, n. 35; Aubry et Rau, t. VI, § 545, n° 49, 67.

assolutamente e materialmente impossibile la paternità stessa; tanto meno potrebbe trovarsene ragione in una legge come la nostra, che ammette il disconoscimento della paternità anche per l'*impotenza* del marito, sebbene *naturale* od almeno *anteriore* al matrimonio, purchè *manifesta* (articolo 164 cod. civ.).

Ciò premesso, discendiamo ora a qualche più particolare esame di ciascuna delle due categorie di fatti previsti dalla legge, come producenti la fisica impossibilità di coabitazione dei coniugi.

Il primo è l'*allontanamento*. Ma qual è il significato preciso che s'intese attribuire qui a questa parola? Si volle forse indicare una vera *assenza* del marito? Ciò non può essere; poichè coll'argomento presente, il quale risguarda non altro fuorchè l'impossibilità fisica della paternità che la legge attribuirebbe per presunzione comune al marito, nulla ha che fare l'essere egli o non *scomparso dall'ultimo domicilio o residenza propria, senza che se ne abbiano notizie;* mentre, anche indipendentemente da questi estremi, la semplice *non-presenza* del marito, per cui nel tempo nel quale può presumersi avvenuto il concepimento del figlio, siasi reso impossibile ogni commercio tra i coniugi, può bastare a produrre l'*impossibilità fisica della paternità* da parte del marito stesso, e quindi può giustificarne l'azione in disconoscimento.

Si volle dunque significare una tale distanza, tra il luogo di residenza della moglie e quello del marito, che nel corso di 120 giorni in cui si presume avvenuto il concepimento sia stato fisicamente impossibile ai coniugi il riunirsi, ed impossibile quindi la paternità del marito stesso? Ma è manifesto che, intesa così, la disposizione della legge mancherebbe totalmente, o quasi, d'applicazione. Imperocchè quale sarebbe mai oggidì la distanza di luoghi tanto grande da rendere impossibile il varcarla in 120 giorni? Tanto più avendo potuto gli sposi dimezzare la difficoltà col percorrere ciascuno una metà del cammino da cui erano divise

le loro residenze, per riunirsi in un punto intermedio. D'altronde già abbiam dimostrato come, secondo lo spirito del codice Italiano, non sia punto necessario che l'ostacolo dell'allontanamento dei due coniugi sia di sua natura e per sè stesso assoluto, per modo da rendere fisicamente impossibile la riunione dei due sposi nel periodo dei 120 giorni in cui si presume verificato il concepimento; ma bastare che una tale impossibilità fisica risulti dal complesso delle circostanze particolari da cui l'allontanamento dei coniugi sia accompagnato.

Sarebbe per altra parte ugualmente inaccettabile l'idea che bastasse la *separazione di fatto* dei coniugi per dar luogo all'azione in negazione di paternità del marito. La legge non considera come efficace a tale uopo la separazione dei coniugi se non quando essa esista *in fatto ed in diritto* (art. 163 cod. civ.). Se non vi è separazione legale, non può bastare quella di fatto, la quale non produca quella *impossibilità fisica di coabitazione* de' coniugi (per tutto il tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento del figlio) che è fondamentale per l'azione in disconoscimento della paternità del marito. Per *allontanamento*, a tenore della lettera e dello spirito dell'art. 162, dobbiam dunque intendere una tale separazione di fatto tra i coniugi che, sia per ragione di distanza tra i luoghi di residenza di ciascuno di loro, sia per altre circostanze valutabili a prudente criterio dei giudici, sia resa *fisicamente impossibile la loro riunione* anche solo momentanea (1) in tutto il tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio. Così, come una distanza per quanto grandissima, non basterebbe a fondamento dell'azione in disconoscimento, qualora restasse il più lieve dubbio, la minima possibilità che in quel periodo di tempo avesse potuto effettuarsi la riunione anche solo momentanea dei

---

(1) V. sentenza 3 dicembre 1877 della Corte d'appello di Milano (*Mon. M.*, 19, 13).

coniugi, all'opposto una distanza anche minima sarebbe sufficiente, quando da testimonianze o da altri mezzi di prova fosse escluso che i coniugi, nel detto periodo di tempo, avessero mai potuto trovarsi riuniti. La residenza del marito era, per esempio, separata da quella della moglie per sì breve distanza che pochi giorni avrebbero bastato a varcarla; ma è dimostrato con certezza che in ciascun giorno, dei 120 in cui può essere stato concepito il figlio, sì il marito che la moglie si trovarono costantemente nella propria residenza rispettiva, o nei brevi periodi intorno ai quali non si hanno prove positive, sarebbe stato fisicamente impossibile ai coniugi di superare la distanza che li separava e procurarsi una riunione momentanea. Ciò basterà evidentemente ad assicurare il concorso delle condizioni volute dall'articolo 162 per la negazione della paternità. Lo stesso si dica se uno dei coniugi fosse giaciuto in carcere durante tutto quel periodo di 120 giorni, o se amendue fossero stati rinchiusi in carceri separati, sebbene nello stesso luogo, e fosse dimostrata con certezza la *impossibilità fisica* ch'essi si fossero trovati insieme anche per brevi istanti.

Lo stabilire se durante tutto il periodo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio, siasi realmente verificata pei coniugi la fisica impossibilità di trovarsi insieme, anche solo per brevissimo spazio di tempo, è questione di fatto, intorno alla quale il legislatore non diede, nè avrebbe potuto dare alcuna norma positiva, tutto dovendo dipendere dalle circostanze particolari dei casi singoli. Perciò spetta necessariamente su questo punto ai giudici del merito un potere di apprezzamento insindacabile (1). Ma il richiedersi che siavi stata una *impossibilità assoluta* dell'avvicinamento dei coniugi, e che tale impossibilità sia stata *fisica*, sono precetti espressi nel testo della legge; la cui violazione darebbe quindi luogo a

---

(1) V. sentenze 31 luglio 1869 della Corte d'appello di Torino (*Giur. It.*, XXI, I, 529), e di Venezia, 5 agosto 1875 (*Giorn. dei trib.*, IV, 1007).

censura. La impossibilità dev'essere assoluta, cioè dev'essere escluso positivamente che durante il periodo nel quale può essere avvenuto, secondo la presunzione della legge, il concepimento del figlio, sia stato possibile l'avvicinamento dei coniugi; perchè questa semplice possibilità basterebbe per tener ferma la presunzione legale di paternità del marito: " *In dubio praevaleat favor partus* „. Epperò sarebbe deferibile alla Cassazione una sentenza che avesse accolta l'azione d'impugnazione di paternità sul fondamento, non già dell'assoluta impossibilità, ma della *maggiore probabilità* che durante il tempo in cui può essere avvenuto il concepimento del figlio, i coniugi non si fossero mai trovati insieme. E sarebbe parimenti soggetta a cassazione la sentenza, che quantunque avesse posto in fatto essere stata assolutamente impossibile la coabitazione dei coniugi, avesse preso a base di codesta ritenuta impossibilità taluni fatti d'ordine soltanto *morale*, equiparandoli ai fatti materiali escludenti la paternità del marito. In tal senso si è pronunziata la dottrina francese (1).

Alla causa speciale dell' *allontanamento*, l'art. 162 codice civile aggiunge l'indicazione generica di *qualunque altro accidente* che abbia prodotta la fisica impossibilità pel marito di coabitare colla moglie.

Una simile espressione leggevasi nell'art. 312 del codice Francese, ed i commentatori in generale, la reputavano riferibile a quelle cause accidentali che avessero reso il marito incapace a generare durante tutto l'intervallo di tempo a cui risale il presunto concepimento del figlio (2). Nel medesimo senso anche dalla giurisprudenza nostra fu ritenuto che l'accidente di cui parla l'articolo 162 deve essere " tale *che renda assolutamente il marito incapace di* " *generare nell' intervallo di tempo a cui risale il concepi-*

(1) V. Demolombe, t. V, n. 30; Aubry et Rau, t. VI, § 545, 3°, nª 47; Laurent, t. III, n. 365, pag. 443, 444.

(2) V. Demolombe, t. V, n. 31-36; Aubry et Rau, t. VI, § 545, nª 48 (4ª ediz.); Laurent, t. III, n. 368.

“ *mento* „ (1). Nondimeno è innegabile che il testo della legge, preso letteralmente, si presta ad una maggior estensione, giacchè parla in genere di *altro accidente* che abbia resa fisicamente impossibile la coabitazione dei coniugi, e *dell'incapacità del marito a generare* non fa anzi nemmeno una menzione speciale. Per la qual cosa non sono mancati autori i quali osservarono che la impossibilità della coabitazione dei coniugi, durante il tempo del concepimento del figlio, deve risultare “ o dal loro allontanamento, o *da un* “ *accidente qualsiasi* che abbia posto il marito *fuori di stato* “ *d'avere alcun commercio colla moglie*, il che comprende “ anche *l'impotenza accidentale* „ (2). Quest'ultima sarebbe dunque semplicemente una delle cause di quella fisica impossibilità di coabitazione dei coniugi, per cui la legge ammette il disconoscimento di paternità. È però da osservare che difficilmente, oltre ai casi di allontanamento e di temporanea incapacità del marito a generare, se ne verificheranno altri in cui l'autorità giudiziaria possa stabilire con certezza che durante tutto il tempo del presunto concepimento del figlio sia stato assolutamente e fisicamente impossibile l'avvicinamento dei coniugi: ma qualora ciò fosse ritenuto dal tribunale giudicante in merito, la sentenza, che sarebbe insindacabile in ordine al punto di fatto, non parrebbe suscettibile di ricorso in sede di cassazione, non potendosi scorgervi violazione alcuna di quanto è disposto dall'art. 162 del codice.

Gl'interpreti del codice Francese, il quale nell'art. 313 dichiarava “ non potere il marito disconoscere il figlio “ allegando la propria *impotenza naturale* „ ritenevano, come già abbiam notato, che nel precedente art. 312, dove parlavasi di *accidenti che avesser posto il marito nella impossibilità fisica di coabitare colla moglie*, fosse da comprendersi

---

(1) V. sentenza della Corte d'appello di Torino, 28 febbraio 1871 (*Gazz. dei trib.*, XXIII, II, 470).

(2) V. Demante, *Cours analyt.*, t. II, n. 39 *bis*, III; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 431; Marcadé, art. 312, § III, t. II, n. 6.

anche la *impotenza accidentale* contratta per qualunque causa dal marito, purchè *posteriormente alla celebrazione del matrimonio*. Facevano tuttavia una differenza importante tra il caso d'impotenza propriamente tale e *permanente*, e quello d'una semplice *incapacità temporanea* di generare; chè in quest'ultimo ammettevano potersi allegare una tale incapacità quand'anche rimontasse a tempo anteriore alla celebrazione del matrimonio. Era poi controverso il quesito se l'*impotenza accidentale* che poteva far luogo, a termini dell'art. 312 del codice Francese, alla negazione di paternità del marito, dovesse dipendere da causa *esterna*, come una ferita od una mutilazione, prodotta da operazione chirurgica, da caso di guerra, da caduta o da qualunque altra causa accidentale; ovvero potesse dipendere anche da una malattia *interna*, che avesse prodotto uno straordinario abbattimento di forze, tale da rendere fisicamente impossibile l'atto generativo.

Questi varî punti furono oggetto di animata discussione tra gli autori ricordati superiormente, ed ai luoghi citati nelle note 1 e 3, a cui ci riferiamo senz'altro aggiungere.

Noi però, nel codice nostro, abbiamo l'articolo 164 che ammette esplicitamente potere il marito ricusare di riconoscere il figlio allegando la propria *impotenza*, *purchè questa sia manifesta*. E a fronte della generalità di tale disposizione, sarebbe arbitraria qualunque distinzione che si volesse fare tra impotenza *naturale* o *accidentale*, *anteriore* o *posteriore alla celebrazione del matrimonio*. Da ciò deriva dunque, senza dubbio possibile, che nell'art. 162 sia da ritenersi contemplato, non già il caso di impotenza del marito, quantunque essa fosse *accidentale*, caso regolato da altra ben distinta disposizione, quella cioè dell'articolo 164; ma il caso di un accidente che abbia prodotta la *impossibilità fisica temporanea* pel marito di congiungersi alla moglie, od una incapacità passeggiera di lui a generare. E poichè questo può verificarsi, ed anzi accadrà forse più spesso per malattie *interne* che *esterne*; così è

manifesto non potersi escludere le prime dal novero delle cause che, potendo produrre la fisica impossibilità di coabitare colla moglie, renderebbero quindi ammissibile il disconoscimento della paternità, a norma dell'art. 162. Non sembra poi nemmeno da dubitare che sarebbe completamente indifferente l'essere sopravvenuta dopo la celebrazione del matrimonio l'infermità producente l'incapacità a generare, od esser essa anteriore a quella celebrazione, purchè avesse continuato anche posteriormente e per tutto il periodo di tempo tra il trecentesimo e il centottantesimo giorno avanti la nascita del figlio.

Le diverse cause, che secondo l'art. 162 predetto fanno luogo al disconoscimento della paternità, possono congiungersi a costituire colla loro successione non discontinuata la impossibilità fisica della coabitazione dei coniugi per tutto il tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento del figlio; come parimente una o più di quelle cause possono essere addotte a fondamento dell'azione in disconoscimento della paternità, sebbene non abbiano esse durato per tutti i 120 giorni tra il 300mo e il 180mo avanti la nascita del figlio, qualora a completare quel tempo congiungasi quello decorso dopo lo scioglimento del matrimonio. Tutto ciò non è che una conseguenza ben naturale del principio che la lontananza del marito dalla moglie, le cause accidentali che l'abbiano reso temporaneamente incapace a generare, lo scioglimento stesso del matrimonio, non possono influire a danno della legittimità della prole, se non in quanto ne sia derivata la *impossibilità fisica* che il concepimento del figlio sia avvenuto ad opera del marito. Il che posto, ne segue appunto non essere necessario che la illegittimità del figlio consti per una sola delle cause determinate dalla legge, ma più di esse potere, senza difficoltà, congiungersi, purchè la loro azione sia stata *continua, non interrotta*. Così, se il marito sia stato lontano, in modo da essere fisicamente impossibile la coabitazione di lui colla moglie, per una parte sola del tempo decorso dal trecente-

simo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio, ma ritornato poi a convivere colla moglie, siasi trovato, senza interruzione e per effetto di altro accidente, nella impossibilità fisica di avere qualunque commercio con lei, sicchè questa impossibilità siasi realmente verificata, per quelle due cause congiunte, in tutti i 120 giorni, si avranno certamente gli estremi per la negazione della paternità a termini dell'art. 162 cod. civ. Parimente se un figlio sia nato dalla vedova *dugentosessanta* giorni dopo la morte del marito, ma questi negli ultimi *quaranta* giorni di sua vita sia stato, per lontananza o per effetto di altro accidente, nella fisica impossibilità di coabitare colla moglie, non si avranno già gli estremi per *contestare la legittimità del figlio siccome non concepito durante il matrimonio* giusta le norme degli articoli 160 e 169 cod. civ.; ma ben si avrà ragione di *disconoscere la paternità del marito*, essendo egli realmente stato nella *impossibilità fisica* di *coabitare colla moglie per tutto il tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio.*

13. 2) La seconda delle cause per cui può essere impugnata la paternità, è determinata nell'art. 163 del cod. civ.:

" Il marito può anche ricusare di riconoscere il figlio
" concepito durante il matrimonio, se nel tempo decorso
" dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della
" nascita viveva legalmente separato dalla moglie.

" Tale diritto non gli spetta quando vi sia stata riunione,
" anche soltanto temporanea, tra i coniugi ".

Il codice Napoleone non avea veruna disposizione speciale riguardante la presunzione di paternità pel caso di separazione personale dei coniugi; il qual caso rimaneva quindi sotto l'impero puro e semplice di quella presunzione. La Sezione di legislazione del Consiglio di Stato avea bensì osservato che la separazione di corpo, benchè non recasse scioglimento del matrimonio, e potesse sempre cessare pel consenso delle parti, e perciò non fosse sufficiente per

distruggere la presunzione di paternità, *rendeva almeno inverosimile l'ulteriore commercio tra i coniugi;* e per tale considerazione aveva proposto di far cessare nel detto caso di separazione la presunzione di paternità, eccetto quando vi fosse stata riunione di fatto o riconciliazione. Ma la questione rinviata ad un nuovo esame, non fu poi più ripresa. Solamente dopo un lungo spazio di tempo furono fatti in Francia diversi tentativi per riparare all'inconveniente, manifestatosi più grave quando il divorzio era stato abolito " di " lasciare il marito privo d'ogni mezzo per sottrarre sè " stesso e la sua famiglia alle tristi conseguenze della mala " condotta d'una moglie infedele, tanto audace da porre in " evidenza i frutti de' proprii disordini „. Sono queste le parole del *Demante*, che nel 1850 si valse dell'iniziativa parlamentare per presentare un progetto di legge allo scopo sopra indicato; e la proposta venne accolta, benchè con importanti emendamenti. " Si considerò — riportiamo le parole dello stesso *Demante* — " che lo stato di separazione " di corpo rendendo inverosimile il commercio dei due " coniugi, la presunzione di paternità, che è conseguenza del " matrimonio tuttavia sussistente, dovea bensì durare finchè " il marito non ricusasse di riconoscere il figlio, ma che " codesta negazione, purchè fatta nei termini e modi voluti " dalla legge, non doveva essere soggetta ad alcuna giusti- " ficazione oltre quella dell'esistenza della separazione, " o della istanza per ottenerla, al tempo del concepimento " del figlio. Solo si espresse che la negazione di pater- " nità non sarebbe ammessa qualora vi fosse stata " riunione di fatto tra i coniugi, riversando così sugli " avversari del marito l'onere di provare questa riunione " per far rigettare l'azione in negazione di paternità „. Tale fu l'origine della disposizione della legge 6 dicembre 1850, concepita nei seguenti termini: " In caso di separazione di " corpo pronunziata od anche solo domandata, il marito " potrà ricusare di riconoscere il figlio che sia nato trecento " giorni dopo l'ordinanza del presidente, resa a' termini

“ dell'art. 378 del codice di procedura civile, e meno di
“ centottanta giorni dopo il rigetto definitivo della domanda
“ o dopo la riconciliazione. L'azione in negazione di pater-
“ nità non sarà ammessa qualora siavi stata riunione di
“ fatto tra i coniugi „. Da questa disposizione è stato desunto
nella sostanza, come apparisce evidente, il nostro art. 163.

Nel progetto presentato dal Ministero (art. 158), ed in quello pure concordato colla Commissione del Senato (articolo 176) la separazione legale non era considerata come una causa a sè di disconoscimento del figlio concepito durante la separazione stessa, ma solo costituiva una speciale condizione, verificandosi la quale poteva il marito negare la paternità *per causa di adulterio* commesso dalla moglie, col carico però di provare così il fatto dell'adulterio come ogni altro tendente ad escludere la paternità. La disposizione che ora forma separatamente l'art. 163, era allora parte integrante dell'altra attualmente modificata dell'articolo 165, dicendosi nei citati articoli dei progetti, che:

“ Il marito non può neppure ricusare di riconoscere il
“ figlio *per causa di adulterio*, fuorchè nei casi in cui o gli
“ sia stata celata la nascita, ovvero *al tempo del concepi-*
“ *mento vivesse legalmente separato dalla moglie* „.

La Commissione coordinatrice fu invitata da uno dei commissari a “ modificare l'articolo 176 del Progetto *nella*
“ *parte in cui mette a carico del marito*, il quale al tempo
“ del concepimento del figlio nato poi dalla sua moglie
“ vivesse legalmente separato dalla medesima, *la prova che*
“ *egli non ne sia il padre* „.

Quel commissario riputava doversi imitare la legge francese 6 dicembre 1850, di cui riportammo il testo superiormente: e proponeva quindi di adottare il principio che
“ quando esista separazione legale tra i coniugi, il marito
“ che ricusi di riconoscere il figlio concepito dalla moglie
“ durante tale separazione, *non abbia l'onere di provare*
“ *i fatti escludenti la paternità, dovendo invece bastare al*

“ *marito l'impugnare in tal caso la paternità sull'appoggio* “ *della presunzione a suo favore nascente dal fatto della se-* “ *parazione* „.

Nello stesso senso osservavasi da altri, come la massima accolta da precedenti legislazioni, che cioè la presunzione di paternità del marito dovesse continuare a produrre i suoi effetti, nonostante la legale separazione de' coniugi, fosse opposta ai veri principii, secondo i quali “ nel caso “ di separazione *cessa la presunzione di paternità nascente* “ *dal matrimonio, e deve perciò incombere a chi pretende il* “ *contrario l'onere di provare che, malgrado la separazione,* “ *il marito è il padre del figlio concepito durante la medesima* „.

Obbiettavasi da taluno che, nonostante la separazione legale, potesse esser probabile la paternità del marito pel figlio concepito nel tempo della separazione stessa, e fosse assai grave l'imprimere alla madre il marchio di adultera e privare il figlio dello stato di legittimità, sul fondamento d'una semplice presunzione. Ma questa difficoltà rimuovevasi col dichiarare che, *escludendo, nel caso di separazione legale, la presunzione di paternità*, si sarebbe però stabilito che *a ripristinare tale presunzione* “ *basti il provare la pos-* “ *sibilità che il marito sia padre, quando cioè all'epoca del* “ *concepimento siano state anche solo momentaneamente rista-* “ *bilite le relazioni fra i coniugi* „.

Ciò valse a conciliare alla nuova proposta l'unanimità dei voti della Commissione; la quale deliberò “ di *adottare* “ *in massima il sistema della legge francese* 6 *dicembre* 1850 “ *con l'avanti riferita modificazione* „ e deliberò altresì “ che “ al detto effetto *non basti la sola domanda di separazione,* “ ma sia necessario che *questa avvenga di fatto* „ (1).

Abbiamo stimato opportuno di riferire distesamente questa parte storica relativa all'art. 163 cod. civ., ricavandosene grandissimo lume per la sua interpretazione.

Raffrontando infatti la premessa esposizione col testo,

---

(1) V. Processi verbali, n. 12, § II, pag. 132 e seg.

ne risultano chiaramente delineati i concetti fondamentali del sistema adottato dalla legge in questo argomento.

Per la separazione legale dei coniugi non cessa già di pien diritto la presunzione comune di paternità del marito pel figlio concepito durante il matrimonio. Tanto è ciò vero, che col predetto articolo si concede al marito un' *azione per ricusare di riconoscere* il figlio; il che suppone l'esistenza della presunzione di paternità, che col mezzo di quella negazione vengasi a distruggere. Ma, trattandosi di un figlio che debbasi riputar concepito nel tempo in cui i coniugi *vivevano legalmente separati*, la presunzione di paternità del marito ha caratteri diversi dall'ordinario. Non è più *assoluta*, per modo da non ammettere prova contraria se non in casi eccezionali espressamente e tassativamente determinati dalla legge, ma è una *presunzione semplice;* contro la quale anzi basta la sola dichiarazione del marito che ricusi di riconoscere il figlio, senza bisogno di addurre e provare fatti valevoli a giustificare ch'egli non ne sia il padre. Avvi in questo una prima differenza importante tra il sistema nostro e quello della legge francese, la quale, almeno secondo l'opinione di qualche autore, non ammetteva il marito legalmente separato ad una pura e semplice negazione della paternità, ma solo gli concedeva di *poter fare prove contrarie senza essere vincolato alle condizioni ordinariamente richieste pel disconoscimento del figlio concepito durante il matrimonio* (1). Così il marito, rispetto al figlio concepito durante la separazione legale di convivenza dei coniugi, è posto dalla nostra legge in condizione identica a quella in cui sarebbe, a termini dell'art. 161, per un figlio che fosse nato durante il matrimonio, ma fosse stato concepito prima della celebrazione di esso. Il che è dimostrato infatti, sia dal testo stesso dell'art. 163, che attribuisce al marito, come nell'art. 161, la facoltà libera

(1) V. Marcadé, art. 313, § IV, t. II, n. 12; confr. Demante, *Cours analyt.*, t. II, n. 40 *bis*, I.

di *ricusare di riconoscere il figlio*, senza imporgli l'onere di prova alcuna; sia eziandio da quanto fu espressamente dichiarato nel corso delle discussioni relative a questa disposizione, che cioè: " il marito il quale ricusi di rico-" noscere il figlio concepito dalla moglie durante la sepa-" razione, *non abbia l'onere di provare i fatti escludenti la* " *paternità* „ dovendo invece bastargli in tal caso " *d'im-* " *pugnarla sull'appoggio della presunzione nascente in suo* " *favore dal fatto della separazione* „. E lo stesso vedesi confermato inoltre dalla esposizione su questo argomento contenuta nella Relazione Ministeriale 25 giugno 1865. Ivi è detto che " con tale modificazione (quella recata dall'ar-" ticolo 163) s'intese di *esonerare il marito*, che vivesse " legalmente separato dalla moglie nel momento del con-" cepimento del figlio nato di poi, *dal carico della prova di* " *non esserne egli il padre* „.

La natura e il carattere della presunzione che dal fatto della separazione sorge ad opporsi a quella di paternità del marito, è facile a rilevarsi. Cessato in diritto, per la separazione legale, l'obbligo di convivenza de' coniugi, cessata anche in fatto la coabitazione, si presume che non siano più state tra i coniugi quelle intime relazioni sulle quali si fonda la legge nel ritenere il marito come padre del figlio concepito durante il matrimonio. Ma questa presunzione non poteva essere *assoluta*; doveva necessariamente cedere alle possibili prove in contrario. Quindi è che, quando sia dimostrato esservi stata riunione *anche solo momentanea* dei coniugi, distrutta così la detta presunzione, deve riprendere pieno vigore l'altra della paternità del marito, al quale pertanto è negato in tal caso, dal secondo paragrafo dell'articolo 163, il *diritto di ricusare di riconoscere il figlio*.

Dimostrato così per sommi capi, e nelle sue parti principali, il sistema adottato dalla nostra legislazione in questo argomento, ne riuscirà agevole la giustificazione.

La presunzione che il marito sia padre del figlio concepito durante il matrimonio è fondata, come abbiam visto,

sul fatto della coabitazione obbligatoria dei coniugi, e sul reciproco loro dovere di fedeltà. Questo dovere resta non ostante la separazione; ma se essa sia completamente realizzata, cessa non solo l'obbligazione giuridica, ma il fatto stesso della coabitazione. Mancando dunque allora in parte, ma non in tutto, gli elementi che dànno fondamento alla presunzione di paternità, ragion vuole che tale presunzione non cessi totalmente, ma perda del suo vigore. Ed a questo concetto corrisponde effettivamente la disposizione della legge; la quale mantiene la presunzione di paternità del marito anche pel figlio concepito durante la separazione legale di convivenza, fino a che non sia dal marito stesso disconosciuto; ma ammette poi questo disconoscimento senza richiedere il concorso delle condizioni speciali che sarebbero necessarie se si trattasse di figlio concepito durante il matrimonio e durante la convivenza de' coniugi, e ne lascia libera la facoltà al marito. Che se poi la separazione esista in diritto, ma non in fatto, o se anche effettuata essa dapprima, siasi poscia ripristinata, pur solo temporaneamente, la convivenza de' coniugi durante il tempo nel quale può ritenersi avvenuto il concepimento del figlio, essendo ristabilito il fatto, se non l'obbligo della coabitazione, nè essendo cessato mai il dovere di fedeltà, concorrono di nuovo gli elementi della presunzione ordinaria di legittimità del figlio; epperò è giusto ch'essa riprenda tutta la sua efficacia.

Affinchè facciasi luogo al disconoscimento della paternità per la causa contemplata nell'art. 163, è necessario che " nel tempo decorso dal trecentesimo al centottante- " simo giorno prima della nascita del figlio, il marito " *abbia vissuto legalmente separato dalla moglie* „. La qual formola — come risulta da quanto esponemmo superiormente, e come fu osservato anche dal *Borsari* — è " espressa " in modo da comprendere *lo stato di diritto* e *quello di fatto* " ad un tempo „. Non poteva bastare la *separazione di fatto*, la quale non rende però fisicamente impossibile la coabi-

tazione del marito colla moglie, sicchè debba farsi luogo senz'altro al disconoscimento della paternità in via ordinaria ed a termini dell'art. 162 cod. civ. Non poteva bastare la *separazione di diritto*, che fa cessare l'obbligazione giuridica della convivenza, ma non la toglie di per sè in fatto. Il *concorso del fatto col diritto* poteva esso solo, se non distruggere totalmente la presunzione di paternità del marito, certo almeno indebolirla per modo da rendere completamente libera a favore del marito stesso la facoltà di disconoscere il figlio concepito dalla moglie in quello stato reale e giuridico di separazione. In questo senso si è espresso chiaramente il nostro legislatore, col supporre che il marito *viva* (*di fatto*) *separato dalla moglie* e vi viva *legalmente* (*di diritto*). Nel che riscontrasi una seconda importante differenza tra il nostro art. 163 e la legge francese del 1850; la quale parlava soltanto della *separazione di diritto* (*en cas de séparation de corps prononcée, ou même demandée*). E quantunque l'esser poi aggiunto che *non sarebbe ammessa l'azione di disconoscimento qualora vi fosse stata riunione di fatto tra gli sposi*, importasse di necessità che, se in fatti la separazione non si fosse mai realizzata, il disconoscimento rimanesse escluso; pure restava sempre che l'azione fosse bene intentata dal marito fondandola *sulla sola separazione di diritto*, e senza bisogno di provarla realizzata *in fatto*, e che spettasse, in caso, alla parte avversaria, opponentesi al disconoscimento, il *provare il fatto dell'allegata riunione dei coniugi*. Al contrario secondo i più giusti termini della nostra legge, il marito non potrà agire in disconoscimento del figlio, giovandosi del disposto dall'art. 163, se non provando che, nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno avanti la nascita del figlio stesso, fosse colla moglie in istato di separazione *di fatto e di diritto* ad un tempo (1).

Dall'essere richiesto che, nel tempo in cui può essere

(1) V. sentenza della Corte d'appello di Parma, 25 gennaio 1884 (*Giur. It.*, XXXVI, 577, 578).

avvenuto il concepimento del figlio, il marito *vivesse legalmente separato* dalla moglie, deriva la necessità che *prima del trecentesimo giorno avanti quello della nascita del figlio* siavi stata *sentenza passata in giudicato* che abbia pronunciato la separazione, od ordinanza di omologazione della separazione consensuale (articolo 158 codice civile); non potendo dirsi prima di ciò che i coniugi siano *legalmente separati*, ed essendo d'altronde necessario che tra il giorno in cui divenne legalmente efficace la separazione dei coniugi e quello della nascita del figlio, siano decorsi *trecento giorni intieri;* giacchè altrimenti sarebbe possibile che il concepimento fosse avvenuto *prima della legale separazione* dei coniugi, epperò la disposizione dell'art. 163 non potrebbe più essere applicabile, nè il disconosimento a termini di esso potrebb'essere ammissibile.

Col predetto ordine d'idee, esposte nella prima edizione di questo corso, non concorderebbero — nè ci è lecito tacerlo — le opinioni di due spettabili commentatori del codice italiano, e l'autorità di un giudicato nel quale fu pronunziata la massima che: " per il disposto dell'articolo 163 del codice civile, i coniugi debbono considerarsi " come legalmente separati *anche quando la loro separazione* " *sia stata in linea provvisoria ordinata dal presidente* per " la facoltà concessagli dall'art. 808 del codice di procedura, e non sia ancora intervenuta pronunzia di separa-" zione legale o di omologazione ad una separazione volon-" taria (1). Il *Borsari*, dopo avere riconosciuto che " la " parola dell'articolo 163 ci dice che la *separazione legale* " deve esistere, deve cioè essere pronunziata una sentenza " definitiva, e solo da questa comincierà a misurarsi il " termine „ soggiunge che: " la *ordinanza di separazione* " *proferita del presidente* (sistema francese) benchè abbia " carattere transitorio e provvisionale, produce questo

(1) V. sentenza 20 febbraio 1888 della Corte d'appello di Firenze (*Ann. di giur.*, XXII, 3, 50); Borsari, *Comm.*, art. 162-165, vol. I, § 410, pag. 678; Ricci, vol. I, § 239, pag. 297.

" effetto, il che vuol dire tenersi in conto il tempo della " lite, per tutta la sua durata ". Il *Ricci* si limita ad affermare che: " Il fatto legale della separazione può dipendere " tanto dalla sentenza definitiva, che sulla domanda di " separazione ha pronunziato, quanto dal provvedimento " emanato dal presidente in corso di causa, col quale siasi " data facoltà alla moglie di vivere separata dal marito ". Secondo il veder nostro, ad ispirare tali concetti qualche influenza può avere esercitata la rimembranza della legge francese 6 dicembre 1850. La quale però — come vedemmo — non è stata seguita dal nostro legislatore, se non con una notevole modificazione; poichè, mentre quella ammetteva il disconoscimento di paternità " in caso di separazione di corpo, *pronunziata od anche solo domandata* ", nel nostro articolo 163 si è richiesto invece che: " il marito abbia vissuto *legalmente separato* dalla moglie ". Ora, non bisogna dimenticare che l'ammissione del disconoscimento di paternità nel caso dell'articolo 163 costituisce una derogazione ben grave al principio d'ordine pubblico stabilito negli articoli 159 e 160; che perciò la disposizione di quell'articolo 163 non può avere che una interpretazione *restrittiva*, e quando vi si parla di *separazione legale*, non è dunque da intendersi se non di quella definitivamente pronunziata dall'autorità giudiziaria competente, cioè dal tribunale. Il presidente ha forse dalla legge la facoltà di pronunziare una *separazione coniugale provvisoria?* Nessuna disposizione, nè del codice civile nè di quello di procedura, gli attribuisce un simile potere. Lo stesso articolo 808 procedura civile, che si viene invocando, neppure accenna l'idea di una *separazione legale provvisoria:* solo parla in genere di provvedimenti temporanei che il presidente può ordinare qualora li ravvisi urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole. Fra tali provvedimenti può andar compreso anche quello — lo abbiamo riconosciuto noi pure (1)

(1) V. vol. V, parte 2ª, n. 327, pag. 662.

— di autorizzare uno dei coniugi a vivere separatamente in pendenza del giudizio davanti al tribunale, qualora speciali e gravi circostanze rendessero per quel coniuge pericolosa frattanto la convivenza coll'altro: ma questa *autorizzazione data ad uno dei coniugi per una provvisoria separazione di fatto* non equivale di certo ad una separazione *di diritto e di fatto*, quale è supposta nell'articolo 163, la cui disposizione — giova ripeterlo — non è estendibile, perchè è eccezionale, ed anzi dev'essere interpretata ed applicata con rigorosa limitazione, siccome derogante a principii d'ordine pubblico. Oltre di che, la disposizioni dell'art. 163 essendo fondata sulla inverisimiglianza che il concepimento del figlio sia avvenuto ad opera del marito quando egli era *legalmente separato* dalla moglie, questo motivo non sussiste con egual forza quando sia stato semplicemente autorizzato uno dei coniugi a non convivere temporaneamente coll'altro in pendenza del giudizio, come dopo che il vincolo della convivenza coniugale sia stato definitivamente spezzato per ambo i coniugi dalla sentenza definitiva di separazione pronunziata dal tribunale. Per tali considerazioni non sapremmo ripentirci della nostra prima opinione; e ritenuta la necessità di una sentenza definitiva di separazione per rendere applicabile l'articolo 163, ci sembra poi indubitabile la necessità pure che tale sentenza abbia acquistato autorità di cosa giudicata.

S'intende ancora che, non ostante la sentenza definitiva di separazione passata in giudicato, potrebbe darsi che la decorrenza del termine " non cominciasse se non appresso " un certo tempo, dato il caso che i coniugi *separati di diritto* non lo fossero ancora *di fatto*, cone suole avvenire " prima di aver preso stanze definitive „ (1).

Avemmo sopra incidentemente occasione di accennare, come per l'applicazione dell'articolo 163 non sia necessaria

---

(1) V. Borsari, op. e l. c.

la *separazione giudiziale*, ma possa bastare eziandio la *consensuale*, purchè omologata a norma dell'articolo 158. Nè veramente crediamo potersi fare obbiezioni a questa massima; poichè dessa è evidentemente conforme al testo dell'articolo 163, che con generale espressione esige solo che il marito sia *legalmente separato* dalla moglie, nè può rivocarsi in dubbio trovarsi veramente in tale stato chi ottenne regolare omologazione d'una separazione consensuale. D'altronde non può nemmen dirsi che questo significato naturale del testo legislativo non sia suffragato da sufficienti motivi. Vero è bene che generalmente una separazione consensuale produrrà minori avversioni che non la giudiziale, e potrà quindi lasciar luogo a più facile ravvicinamento dei coniugi separati. Ma che perciò, se si suppone che il ravvicinamento non sia avvenuto, nè siasi verificata una riunione neppur momentanea; e se dunque sussiste in tutta la sua forza la separazione sì di fatto che di diritto, e nessuna delle considerazioni che diedero motivo alla disposizione dell'art. 163 resta quindi menomamente indebolita? (1).

Il diritto di disconoscimento, di cui nell'art. 163, viene naturalmente a mancare se, prima che sia finito il periodo di 120 giorni in cui può ritenersi avvenuto il concepimento del figlio, siano cessati gli effetti della sentenza di separazione, per consenso dei coniugi a norma dell'articolo 157 cod. civile. Ed è appunto per ciò che nel detto articolo 163 richiedesi che lo stato di separazione di fatto e di diritto abbia durato *fino al centottantesimo giorno prima della nascita;* il che val quanto dire che, tra il giorno in cui sian cessati gli effetti della separazione e quello della nascita del figlio, non debbano essere scorsi *centottanta giorni intieri*, poichè se ciò si fosse verificato sarebbe possibile che il concepimento del figlio fosse avvenuto dopo che già eran mancati *gli effetti della separazione*, cosicchè neppur potrebbe deri-

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 162-165, vol. I, § 410, 2).

varne oramai quello della facoltà pel marito di disconoscere il figlio.

Ma, oltre a questa causa, un'altra, come già accennammo, può aversene, la quale essendosi verificata *in un momento qualunque del tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita*, formi ostacolo al disconoscimento della paternità che si volesse intentare a termini dell'articolo 163. Tale causa consiste nell'*esservi stata riunione anche soltanto temporanea tra i coniugi* (articolo 163, § 2, cod. civ.). Di che già accennammo sopra i motivi, consistenti in ciò, che quella riunione anche momentanea distrugge la presunzione che non siano più state tra i coniugi, dopo la separazione, quelle relazioni intime che dànno fondamento alla presunzione ordinaria di paternità del marito, epperò quest'ultima presunzione deve riprendere il pieno suo vigore.

Il secondo paragrafo dell'art. 163, parlando di *riunione anche soltanto temporanea* tra i coniugi, parrebbe veramente comprendere sì una riunione appunto *temporanea* che una *definitiva*. Ma, se ben si osserva, quest'ultima facendo luogo alla *completa cessazione degli effetti della separazione* che, a termini dell'articolo 157, può avvenire tanto per *espressa dichiarazione dei coniugi* quanto *pel fatto della coabitazione*, non cadrebbesi quindi allora sotto la speciale disposizione del secondo paragrafo, ma nella generale dichiarazione del primo, secondo cui non può farsi il disconoscimento se non quando la separazione abbia durato *fino al centottantesimo giorno prima della nascita* del figlio. Il secondo paragrafo predetto si riferisce dunque in realtà unicamente ad una *riunione soltanto temporanea*. Nè questa osservazione manca d'importanza pratica. Imperocchè se, per una delle cause contemplate nell'art. 157, siano cessati gli effetti della separazione, manca senz'altro e completamente ogni fondamento all'azione in disconoscimento che si volesse promuovere a termini dell'articolo 163, § 1°; nè quindi varrebbe allora il provare che, nonostante *il consenso* de' coniugi a

far cessare la separazione non si fosse ripristinata di fatto tra loro la convivenza, o che nonostante *il fatto della coabitazione* fosse mancata tra i coniugi quella intimità di relazioni che potesse far presumere avvenuto il concepimento ad opera del marito. Se invece perdurando la separazione, sia sopra fatti di riunione momentanea che si fondi la difesa contro l'azione in disconoscimento, giusta il paragrafo 2° dell'articolo 163, bisognerà dimostrare esservi stata in queste fuggevoli relazioni tra i coniugi tale intimità da *lasciar presumere possibile che il concepimento del figlio sia stato opera del marito*. In questo senso è giusta l'osservazione del *Borsari*, che *certe visite del marito che avessero solamente il carattere di convenienza sociale non potrebbero considerarsi come costituenti una riunione temporanea dei coniugi nel senso dell'art.* 163, § 2° (1). Da un concetto simile partiva pure il *Demante* nella seguente osservazione da esso fatta spiegando la legge francese del 6 dicembre 1850. " Ciò " che mi sembra abbandonato sempre all'esame dei giudici, " è *la natura del fatto di pretesa riunione*. Io non credo do- " versi considerare come tale qualunque incontro che abbia " messi i coniugi l'uno in presenza dell'altro: per dar luogo " all'applicazione *della legge sarebbe evidentemente necessario* " *che essi si fossero trovati insieme senza testimoni*... „ (2).

Per altra parte però non bisogna spingersi troppo oltre in quest'ordine d'idee. Non è da dimenticare la discussione che preparò la compilazione di questo nostro articolo 163. Un primo pensiero fu che la separazione dei coniugi, finchè esistesse legalmente, dovesse *far cessare la presunzione di paternità nascente dal matrimonio*, e che perciò dovesse incombere a chi pretende il contrario l'*onere di provare che, malgrado la separazione, il marito è il padre del figlio concepito durante la medesima*. Da ciò sarebbe seguìto che chi si difendesse contro il disconoscimento dovesse

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 162, 165, § 410, n. 2 e 4, pag. 618, 619.
(2) V. Demante, *Cours analyt. de code civil*, t. II, n. 40 *bis*, III.

somministrare *prove positive e perfette* della paternità del marito. E sebbene tali prove non solo potessero, ma dovessero, per la natura stessa delle cose, trarsi principalmente da *presunzioni di fatto*, rimesse per la loro valutazione al prudente criterio dei giudici, è certo però che *qualunque dubbio* fosse rimasto avrebbe dovuto risolversi *in favore dell'azione in disconoscimento* esercitata dal marito legalmente separato. Ma questa tendenza d'idee fu profondamente modificata dalla discussione e dalle obbiezioni mosse da taluno contro il proposto sistema, di ammettere come causa di disconoscimento della paternità la separazione di convivenza. Si finì, come abbiam visto, per accordarsi nel proposito di *modificare il sistema della legge francese*, stabilendo che *bastasse il provare la possibilità che il marito sia padre*, per ripristinare pienamente la presunzione legale di paternità. Ora questo concetto, di ritener sufficiente la prova della *semplice possibilità* che il marito sia padre, esclude manifestamente l'altro che occorra dimostrare positivamente essere state tali le relazioni momentanee verificatesi tra i coniugi da produrre il concepimento del figlio. Certamente versiamo in materia di tale natura che tutto è necessariamente abbandonato alla prudente valutazione dei giudici. Ciò non ostante, essi non devono perder di vista questa guida che fu loro offerta dagli autori della legge, che cioè non hanno a ricercare una *prova positiva*, ma la dimostrazione d'una *semplice possibilità* che il marito sia padre del figlio da lui disconosciuto.

Chiuderemo questa già lunga esposizione con un riflesso per sè molto ovvio, ma che importa di non trascurare. Ed è questo: che se l'azione di disconoscimento non sia proponibile, a termini dell'articolo 163, § 1°, o se sia mancata per la cessazione degli effetti della separazione prima del centottantesimo giorno avanti la nascita, o se finalmente vi osti l'essere avvenuta una riunione soltanto temporanea dei coniugi, resta in tutta la sua efficacia la presunzione ordinaria di paternità del marito, la quale però non acquista

una forza maggiore. Ond'è che può tuttavia essere esercitata l'azione in disconoscimento per qualcuna delle cause che possono farvi luogo contro il figlio concepito durante il matrimonio di coniugi non separati di convivenza; e così o per provata *fisica impossibilità di congiunzione* del marito colla moglie (art. 162 cod. civ.) o per *manifesta impotenza* del marito (art. 164 cod. civ.) o per adulterio commesso dalla moglie col concorso delle circostanze determinate nell'art. 165 cod. civile.

14. 3) " Il marito non può ricusare di riconoscere il " figlio, allegando la sua impotenza, salvo che si tratti " d'impotenza manifesta „. Così è determinata dall'articolo 164 del cod. civile la terza causa di disconoscimento della paternità pel figlio concepito durante il matrimonio. Non ostante, infatti, la formola da principio apparentemente negativa di questa disposizione, essa si conchiude in sostanza nella facoltà data al marito di ricusare di riconoscere il figlio concepito dalla moglie durante il matrimonio, coll'allegare la propria *impotenza manifesta*. Le ragioni per le quali fu esclusa la negazione di paternità che volesse appoggiarsi ad una *impotenza non manifesta* del marito, sono le stesse per le quali l'art. 107 del cod. civ. vieta di proporre come causa di nullità del matrimonio l'impotenza non manifesta dell'altro coniuge. Qui pure era da evitare lo scandalo di ricerche offensive al buon costume, e il pericolo di prove facilmente fallaci.

Questi stessi motivi erano addotti dagli interpreti del codice francese intorno all'art. 313 ov'era detto: " Il ma- " rito, *allegando la sua naturale impotenza*, non potrà ricu- " sare di riconoscere il figlio „. Alcuni ne aggiungevano un altro, dicendo che: " a non ammettere che l'*impotenza* " *naturale* potesse essere allegata dal marito come causa di " disconoscimento della paternità il legislatore era stato " determinato non solamente dalla difficoltà e dallo scan- " dalo che presenterebbe la prova d'una impotenza non

" manifesta, ma ancora di un motivo di alta moralità, che " si oppone a potersi il marito prevalere della impotenza " sua, ancorchè manifesta, quando la causa ne sia *perma-* " *nente ed anteriore al matrimonio;* nel qual caso egli avrebbe " a rimproverarsi di avere ingannata la moglie sua: ora, " *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* „ (1). Altri però osservò che: " Tale massima, vaga e troppo as- " soluta, deve limitarsi al caso che l'attore invochi la " propria turpitudine, vale a dire la colpa propria, per " farne appoggio d'una pretensione concernente unica- " mente l'interesse suo: ma quando vi è in causa un inte- " resse generale, la legge non si oppone a che si invochi " anche la propria turpitudine come base dell'azione. Così " lo sposo colpevole di bigamia o d'incesto, è ammesso a " chiedere per questa causa la nullità del suo matrimonio, " perchè la nullità è di ordine pubblico „ (2). Applicando i quali principii, e non essendo di solo interesse privato del marito, ma d'interesse generale, lo stato dei figli concepiti durante il matrimonio, parrebbe dunque non giustificato sotto tale aspetto l'esser negata la facoltà di ricusare di riconoscere il figlio allegando il marito la propria impotenza. Oltre a ciò un'altra grave considerazione fu addotta. Siccome la impotenza, benchè *naturale* del marito, non sempre dipende da un vizio di conformazione esteriormente apparente, ma può talvolta derivare da un difetto organico interno, perciò, disse il *Colmet de Santerre:* " La ragione " desunta dalla indegnità o dalla colpevolezza del marito " che allega la sua naturale impotenza, non sembra essere " stata nella intenzione del legislatore. La legge, d'accordo " colla morale, vieta le unioni che non siano di matrimonio; " essa non può dunque considerare come colpevole colui " che non si è reso conto della impotenza sua naturale " prima di aver contratto il matrimonio, per non avere spe-

(1) V. AUBRY et RAU, t. VI, § 545, nª 67.
(2) V. LAURENT, t. III, n. 367.

" rimentate le sue forze in una unione irregolare „ (1). Ma comunque sia di ciò, ancorchè non si ammetta che la massima " *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* „ sia fra i motivi per cui la legge proibì al marito di ricusare di riconoscere il figlio concepito durante il matrimonio, allegando la propria *impotenza naturale*, secondo l'articolo 313 cod. francese, o la propria *impotenza non manifesta*, secondo l'articolo 164 del codice italiano, questa disposizione è abbastanza giustificata dalle altre due considerazioni *della incertezza e della immoralità della prova* di tale impotenza.

L'accennato punto di contatto tra l'azione di nullità del matrimonio e quella in disconoscimento del figlio concepito durante il matrimonio stesso, fu notato dal *Borsari* (2). Ma a fronte di questa parte di somiglianza, ve ne hanno poi altre di profonda differenza tra l'una e l'altra azione. Notiamo intanto come principalissima questa: che mentre l'azione di nullità del matrimonio per impotenza d'un coniuge non può essere proposta fuorchè *dall'altro* (art. 107 cod. civ.), quella invece di negazione della paternità non può spettare che *al marito stesso colpito dall'impotenza.*

Dai termini del riferito articolo 164 traggonsi evidenti alcune massime regolatrici di questa causa di negazione della paternità. Così, esigendosi una *impotenza manifesta* del marito, non v'ha dubbio che non potrebbesi invocare l'applicazione del predetto articolo 164 per una impotenza latente, la quale risultasse, per quanto indubbiamente, da debolezza o da abbattimento di forze dipendente da malattia interna, ovvero risultasse da qualunque altra causa non apparente esteriormente. La legge ha dovuto considerare, non qualche rara contingenza di circostanze particolari, ma la generalità dei casi; nella massima parte dei quali la impossibilità vera ed assoluta che il concepimento sia avvenuto per opera del marito non potendo essere sta-

(1) V. Colmet de Santerre sur Demante, *Cours analyt. de code civil*, t. II, n. 39 *bis*, A.

(2) V. *Comm. del cod. civ.*, vol. I, § 411, pag. 620.

bilita con piena sicurezza quando l'allegata impotenza di lui si attribuisse a cause di malattia o di vizio organico interno, bisognerebbe allora appagarsi di semplici probabilità più o meno gravi da riconoscersi col sussidio degli apprezzamenti di persone dell'arte. Ora, la presunzione legale di paternità del marito è di tale importanza, sotto l'aspetto anche dell'interesse sociale, che non si poteva farla cedere se non dinanzi appunto ad una vera ed assoluta impossibilità; nè si vollero d'altra parte ammettere indagini scandalose, le quali, per di più, potrebbero molte volte, condurre ad erronei giudizi.

Non è richiesta dal nostro articolo 164 altra condizione oltre a quella che l'impotenza sia *manifesta;* epperò sarebbe arbitrario l'introdurvene altre, le quali verrebbero così a limitare una disposizione legislativa che, quanto all'impotenza manifesta, è generale. Pertanto non può distinguersi tra impotenza *naturale* o *accidentale;* e l'una e l'altra ugualmente possono rendere ammissibile l'azione in disconoscimento. Il codice Francese nell'articolo 313 vietava espressamente il disconoscimento di paternità che si fondasse sull'allegazione dell'*impotenza naturale*, e dell'*impotenza accidentale* non parlava specialmente, mostrando così di comprenderla nella generale indicazione, recata dal precedente articolo 312, delle *cause accidentali* che avessero posto il marito nella *fisica impossibilità di coabitare colla moglie*. Ma il nostro legislatore considerò, che anche l'impotenza naturale rendendo assolutamente e manifestamente impossibile la presunzione di paternità del marito, doveva essere ammessa tra le cause di disconoscere tale paternità; epperò non imitò il codice Francese col vietare al marito di allegare *la sua naturale impotenza* per tale disconoscimento, ed anzi parlò in genere dell'*impotenza manifesta*, mostrando così di comprendervi tanto la naturale quanto l'accidentale. Di ciò potrebbesi inoltre trovare conferma nello stesso essersi considerata l'*impotenza manifesta* come una *causa speciale di disconoscimento, distinta dalle cause accidentali*

che possono avere prodotta nel marito la fisica impossibilità dell'atto della generazione (art. 162 cod. civ.); sebbene, a dir vero ed esattamente, con queste cause accidentali d'impossibilità fisica *temporanea* dell'atto generativo non sia da confondersi nemmeno l'*impotenza prodotta da cause accidentali*, che suppone generalmente la *perpetuità* di quella impossibilità fisica, salvo qualche raro caso di possibile guarigione. Del resto, non è a questo solo carattere distintivo che si limiti la differenza tra le cause accidentali d'impossibilità fisica di coabitazione colla moglie, contemplate dall'art. 162, e l'impotenza del marito considerata nell'art. 164; chè le prime fanno luogo al disconoscimento del figlio quand'anche procedano da fatti *non manifesti esteriormente*, per esempio da una *malattia interna* a cui il marito sia stato soggetto in tutto il corso del tempo nel quale può essere avvenuto il concepimento del figlio, e che abbia posto l'infermo in tale stato da essergli assolutamente impossibile l'atto della generazione; mentre allo opposto per l'impotenza richiedesi, come condizione imprescindibile, che essa risulti da causa esteriormente apparente; e d'altra parte l'impotenza manifesta, quando sia constatata, esclude qualunque possibile arbitrio dell'autorità giudicante, la quale violerebbe manifestamente la legge se, ritenendo essere stata dimostrata quell'impotenza, respingesse tuttavia l'azione di disconoscimento fondata sopra di essa; mentre al contrario per le cause accidentali di cui all'art. 162 rimane aperto, come abbiamo osservato, un larghissimo campo al potere discretivo dei magistrati, nel riconoscere se abbia a ritenersene derivata la *fisica impossibilità della coabitazione* tra i coniugi.

Dallo stesso principio sopra dimostrato, — che a fronte della generalità della legge, la quale per ogni caso d'impotenza manifesta del marito ammette l'azione di lui pel disconoscimento del figlio, sarebbe arbitraria qualunque ulteriore limitazione, — deriva eziandio non potersi distinguere se l'impotenza *accidentale*, che venga allegata dal

marito, sia *anteriore o posteriore alla celebrazione del matrimonio*. O sia l'una o l'altra cosa, ciò infatti non può influire sulla ammissibilità di un'azione la quale si fonda unicamente sull'*impossibilità della paternità del marito;* impossibilità che si verifica ugualmente assoluta e indubitabile, se è constatata la impotenza manifesta del marito in tutto il tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno avanti la nascita del figlio, o sia poi che la causa di tale impotenza preesistesse alla celebrazione del matrimonio, o che sia sôrta posteriormente.

In diritto francese essendo assolutamente vietato dall'articolo 313 del codice Napoleone di allegare pel disconoscimento di paternità l'*impotenza naturale* del marito, e quanto all'*impotenza accidentale* non essendovi altra disposizione applicabile che quella dell'art. 312, in cui supponevasi evidentemente che la causa producente l'impotenza fosse *posteriore alla celebrazione del matrimonio*, poichè vi si parlava di un *qualche accidente che avesse posto il marito* nella impossibilità fisica di *coabitare colla moglie;* la dottrina ne argomentava che dunque anche la causa accidentale della impotenza del marito dovesse essere *posteriore al matrimonio*, affinchè se ne potesse far fondamento pel disconoscimento di paternità rispetto al figlio concepito durante il matrimonio. " Da una parte — diceva il *Demolombe* " — l'articolo 312 coll'avere compreso in una stessa ed " unica disposizione l'*accidente sopravvenuto al marito e lo* " *allontanamento di lui*, dimostra così trattarsi di due fatti " posteriori alla celebrazione; e, d'altra parte, essendo " dichiarato nell'art. 313 che l'impotenza naturale non " può essere una causa di negazione di paternità del marito, senza distinguere fra impotenza latente e impotenza " manifesta, ne segue non essere senza incoerenza ammissibile come causa di disconoscimento neppure l'impotenza risultante da causa accidentale, se questa era anteriore al matrimonio: poichè in ambi i casi l'impotenza " essendo esistita al momento della celebrazione, il marito

“ è colpevole della frodolenta audacia di avere ingannata
“ la moglie sua e la società „.

“ Tuttavia — soggiunge lo stesso autore — se l'ac-
“ cidente anteriore al matrimonio non avesse prodotto
“ che una *impotenza temporanea*, e il matrimonio fosse stato
“ celebrato mentre tale impotenza durava ancora, io credo
“ che potrebbe esservi in ciò una causa di disconosci-
“ mento. L'art. 313 non sarebbe applicabile, non trattan-
“ dosi d'una impotenza naturale; e quanto all'art. 312,
“ può ben dirsi ch'esso suppone che l'accidente debba es-
“ sere posteriore al matrimonio, piuttosto che esigere ciò
“ come una condizione..... Se l'impossibilità fisica di coa-
“ bitazione derivante dall'accidente, benchè anteriore questo
“ alla coabitazione, non doveva essere che passeggiera, non
“ vi è alcuna eccezione opponibile al marito, che non
“ avrebbe realmente in tal caso ingannata la moglie „.

La medesima teoria fu anche adottata da *Aubry* e *Rau* colle seguenti parole:

“ L'impotenza, benchè accidentale, se anteriore al ma-
“ trimonio, non può, in generale, essere invocata per ap-
“ poggio ad un'azione in disconoscimento. Sarebbe però
“ altrimenti qualora si trattasse d'una impotenza tempo-
“ ranea di sua natura „ (1).

Abbiamo voluto riferire per intiero la predetta argomentazione del *Demolombe*, sembrandoci che ne risulti evidente com'essa non possa avere relazione in alcuna sua parte colle disposizioni del codice Italiano. Il nostro art. 164 — che corrisponderebbe al 313 francese — non parla d'*impotenza naturale*, ma genericamente della *impotenza del marito*; e vieta di allegarla pel disconoscimento di paternità, *sempre quando non sia manifesta*. Per risolvere il caso dell'*impotenza accidentale* non abbiamo quindi bisogno noi di ricorrere alla disposizione dell'art. 162 corrispondente al 312 del codice Francese; perchè l'articolo 164 è appli-

(1) V. DEMOLOMBE, t. V, n. 35, 36; AUBRY et RAU, t. VI, § 345, 3° n° 49

cabile, secondo i letterali e generici suoi termini, quale che sia la causa, o naturale o accidentale, da cui l'impotenza del marito dipenda. L'articolo 162 parla invece altrettanto genericamente di *qualsiasi accidente* che abbia reso fisicamente impossibile al marito di coabitare colla moglie per tutto il tempo decorso dal 300mo al 180mo giorno prima della nascita del figlio; e in questi termini generali può ben trovar luogo di applicazione anche il caso in cui per una causa accidentale il marito sia stato incapace a generare durante il tempo predetto senza rimanere colpito da una *impotenza permanente*, la quale se si verificasse farebbe luogo invece ad applicare, come abbiamo detto, l'art. 164. Posto ciò, neppure abbiam bisogno dell'argomentazione alquanto faticosa di cui si servì il *Demolombe* per dimostrare che qualora per una causa accidentale qualsiasi il marito si fosse trovato in uno stato d'*impotenza temporanea* durante tutto il tempo in cui può essere avvenuto il concepimento del figlio, potrebbe il marito stesso ricusare di riconoscerlo. L'art. 162 del nostro codice gliene dà indubbiamente il diritto. Quanto all'osservazione fatta dal medesimo autore al fine di stabilire che l'*impotenza accidentale, non permanente del marito debba essere posteriore al matrimonio* per dar luogo al disconoscimento di paternità, perchè altrimenti — dice egli — il marito sarebbe *colpevole di avere ingannata la donna con cui contrasse matrimonio, e la società;* rispondono abbastanza le considerazioni fatte da altri autori, e da noi riferite superiormente, le quali dimostrano non poter avere applicazione in questa materia del disconoscimento di paternità la massima, che il *Laurent* qualificò “ *vaga* e *troppo assoluta* „. “ Nemo auditur turpitudinem suam allegans „; e che i veri e soli motivi delle proibizioni pronunziate dalla legge, in materia di negazione di paternità per impotenza del marito, sono quelli consistenti nella incertezza e nella immoralità della prova che dovrebbesi eseguire per accertare il fatto di tale impotenza. D'altra parte apparirebbe assai strano codesto mezzo

di punire la colpa del marito, se si facesse consistere nel negargli di disconoscere un figlio ancorchè provasse l'impossibilità in cui sarebbesi trovato di esserne il padre, a cagione della propria impotenza, benchè anteriore alla celebrazione del matrimonio, poichè una tal pena non colpirebbe negli effetti suoi il solo colpevole, ma si estenderebbe alla famiglia legittima, della quale quel figlio illegittimo verrebbe a far parte irreparabilmente, sebbene in realtà fosse impossibile che le appartenesse. In ultimo, sembra decisiva, rispetto a noi, la considerazione che il legislatore italiano, abbandonando il sistema francese, secondo cui distinguevasi in questa materia la *impotenza naturale* del marito dall'*impotenza accidentale*, vi ha sostituita la distinzione fra impotenza *latente* ed impotenza *manifesta*, negando l'azione in negazione di paternità per la prima, avuto riguardo alla difficoltà ed immoralità della prova, ed ammettendo invece quest'azione per la impotenza manifesta, perchè quando essa sia provata ne risulta accertata l'impossibilità assoluta che la paternità spetti al marito, davanti alla qual prova la presunzione generale di tale paternità non può reggersi. — Or questa considerazione sussiste ugualmente quand'anche la causa accidentale da cui provenga l'impotenza permanente del marito siasi verificata posteriormente alla celebrazione del matrimonio; epperò anche in tal caso dev'essere ammissibile l'azione in negazione di paternità.

In ciò riscontrasi un nuovo punto importante di differenza tra l'azione *in nullità del matrimonio*, e quella *in disconoscimento di paternità*, per causa d'impotenza del marito; chè per la prima non basta, come per l'altra, che l'impotenza sia *manifesta*, ma richiedesi inoltre che sia *anteriore al matrimonio* (art. 107 cod. civ.). Del qual principio abbiamo visto in altra parte i motivi risguardanti unicamente il matrimonio stesso e non punto applicabili alla legittimità della filiazione, ed all'azione mediante cui possa essere disconosciuta.

Un'altra differenza ancora tra le predette due azioni trovasi in ciò, che per quella di nullità del matrimonio è necessario che l'allegata impotenza dell'altro coniuge sia *perpetua* (d° art. 107 cod. civ.); mentre per la negazione della paternità basta che dal marito o da chi lo rappresenta possa allegarsi l'*impotenza manifesta anche solo temporanea* di lui, purchè siasi verificata per tutto il tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento del figlio.

15. 4) " Il marito non può neppure ricusare di riconoscere il figlio *per causa di adulterio*, fuorchè *quando gliene sia stata celata la nascita;* nel qual caso egli è ammesso a provare con ogni genere di prova, anche nel giudizio stesso in cui propone il suo richiamo, così i fatti dello adulterio e del celamento, come tutti gli altri tendenti ad escludere la paternità „.

" La sola confessione della madre non basta ad escludere la paternità del marito „.

In questi termini dispone l'art. 165 cod. civ. intorno all'ultima delle cause che possono far luogo a disconoscimento della paternità, rispetto al figlio concepito durante il matrimonio. Per sciogliercì dalle non poche nè lievi difficoltà che si presentano in questo speciale argomento, cominciamo dal riconoscere con esattezza la posizione in cui ci troviamo nel caso contemplato dal riferito art. 165. Trattasi di un figlio concepito durante il matrimonio, del quale perciò dovrebbesi presumere padre il marito (articolo 159 cod. civ.). Questa presunzione non è punto menomata dallo stato in cui si trovano rispettivamente i coniugi; imperocchè supponiamo che essi *convivano*, od almeno *non siano legalmente separati* (confr. art. 163 cod. civ.). D'altra parte contro la presunzione medesima non si oppone una *impossibilità fisica* che il marito sia padre di quel figlio; avvegnachè supponiamo pure che nè il marito sia stato, nel tempo del concepimento del figlio, in condizione di non poter coabitare colla moglie per allontanamento o per altro

accidente (nel qual caso sarebbe applicabile l'art. 162, non questo 165), nè il marito, per ricusare di riconoscere il figlio, possa allegare la manifesta sua impotenza, nel qual caso sarebbe ancora un'altra disposizione che dovrebbe applicarsi, quella cioè dell'art. 164. La presunzione di paternità del marito non può dunque essere combattuta, nel caso nostro, se non allegando una *impossibilità morale* che la escluda (1). La determinazione di questa *impossibilità morale* non potendo ottenersi fuorchè con *mezzi d'induzione*, arrivandovi indirettamente coll'argomentare da fatti precedentemente accertati, doveva quindi per necessità affidarsi in gran parte al criterio ed alla prudenza dell'autorità giudicante. Ma se la legge vi si fosse rimessa intieramente, collo stabilire in genere che, constatata in qualunque modo la *impossibilità morale* della paternità del marito, potesse accogliersi l'azione in disconoscimento che da lui fosse intentata, avrebbe così rinunziato ad un principio fondamentale che, per tutela di gravi interessi sociali, stimò di dover adottare; al principio cioè che in questa materia dello stato di filiazione legittima nulla può essere abbandonato all'arbitrio, tutto dev'essere regolato da *disposizioni tassative* della legge. Partendo da questo concetto, si fece, nel nostro articolo 165, una rigorosa determinazione dei fatti dai quali può indursi la *morale impossibilità* della paternità del marito. Quei fatti sono l'*adulterio* commesso dalla moglie, e l'*essere stata celata la nascita* del figlio al marito; riservato poi ai tribunali il valutare quelle altre circostanze che dal marito stesso potessero essere addotte, in aggiunta ai fatti predetti, per escludere la propria paternità. — L'essere provato positivamente che, circa il tempo in cui concepì, la moglie ebbe relazioni criminose con altri, apporta una prima e grave scossa alla presunzione legale ordinaria di paternità del marito; non la esclude però, nemmeno

(1) V. sentenze della Corte d'appello di Milano, 12 aprile 1878 (*Mon. dei Trib.*, XIX, 465), e di Lucca, 8 marzo 1881 (*Ann. di giur.*, XV, 8, 103).

sotto l'aspetto d'una specie d'impossibilità morale, poichè le relazioni avute nello stesso periodo di tempo col marito e con altri lasciano ancora la maggiore probabilità che la paternità sia realmente da attribuire al marito, col quale quelle relazioni saranno probabilmente state più frequenti. Ma se si aggiunga che la moglie abbia occultata al marito la nascita del figlio, contenendosi in questo fatto di lei una tacita confessione che il figlio non è da attribuire al marito, col quale forse (e sarà anzi il caso più frequente nell'ipotesi del celamento) non ebbe rapporto alcuno durante il tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento, si avranno quindi allora, nel concorso di quei due fatti, tali elementi della impossibilità morale della paternità del marito, da essere ammissibile, senza pericoli troppo gravi, che con altre circostanze, da lasciarsi alla valutazione dei giudici, se ne possa completare la prova.

Queste considerazioni, che ci sembrano dominanti nello spirito dell'art. 165, valgono anche a dare una giusta idea dell'indole di quella *impossibilità morale* su cui la dottrina è concorde nel ritenere fondato il disconoscimento della paternità in questo caso contemplato dall'art. 165; mentre negli altri casi quel disconoscimento si appoggia all'*impossibilità fisica* (art. 162, 164) od all'essere dalla legge stessa attenuata la propria presunzione di paternità del marito, in vista dello stato di separazione legale in cui vivano i coniugi (art. 163).

Vi è stato chi ha insistito ripetutamente nell'affermare che l'adulterio della moglie non sarebbe da considerarsi come una causa speciale di negazione della paternità del marito nel solo caso contemplato dall'art. 165, poichè, a suo avviso, " la *causa generale e comune delle azioni accor-* " *date al marito contro il parto della moglie, è l'adulterio* ", quali che siano i casi speciali in cui quelle azioni vengano concesse (1). Non parendoci vero questo concetto, ne espo-

(1) V. Borsari, *Comm.*, vol. I, § 408, pag. 615; § 411, pag. 620.

niamo le ragioni; non tanto per l'interesse che vi è sempre a mantenere scrupolosamente la precisione nei principii, quanto per le gravi conseguenze che dalla riferita proposizione trarrebbe il lodato autore, riputando egli che, pel disconoscimento della paternità nel caso regolato dall'articolo 165, non sia necessaria una prova speciale e diretta dell'adulterio.

Se per *causa* delle azioni in negazione di paternità concesse al marito, vogliamo intendere la *ragion prima e comune per la quale è ammessa dalla legge la possibilità del disconoscimento della paternità* dalla legge stessa presunta, è certo che quella ragione consiste nel poter essere constatata, in contrario alla presunzione legale ordinaria, la *non-paternità del marito.* E poichè, se il marito non è il padre del figlio concepito dalla moglie durante il matrimonio, necessariamente ella è adultera, si potrebbe dire ancora, scambiando i termini, che la ragion prima e comune dell'azione di sconoscimento è *l'adulterio della moglie.* Ma intesa in tal senso la proposizione perderebbe evidentemente qualunque efficacia; poichè altrettanto varrebbe il dire che *la causa d'ogni negazione della paternità* è la *non-paternità.* Se invece per *causa* dell'azione dobbiamo intendere, come pare, il *fatto giuridico, in forza del quale l'azione stessa si apre,* scorgeremo bentosto che per ciascun caso in cui la legge ammette il disconoscimento, vi pone a base un *fatto giuridico speciale,* che non sempre, ma nel solo caso dell'art. 165, è l'adulterio; sebbene in tutti i casi ugualmente, una volta che l'azione in disconoscimento abbia ottenuto il suo scopo colla dichiarazione giudiziale di *non-paternità* del marito, ne risulti per necessaria conseguenza la qualità adulterina nel figlio, la reità di adulterio nella moglie. Perciò l'adulterio, nel caso dell'art. 165, è un fatto la cui prova in concorso d'altri fatti e circostanze previsti dalla legge, lascia luogo all'azione in disconoscimento ed alla conforme dichiarazione giudiziale di *non-paternità* del marito; negli altri casi, invece, previsti

dagli articoli 162, 163, 164, è la dichiarazione giudiziale di non-paternità del marito, pronunciata per altre cause speciali determinate dalla legge, che produce, come necessaria risultanza, la prova dell'adulterio.

Scendendo ora alle particolari spiegazioni necessarie intorno all'articolo 165, ci sembra che dalle osservazioni generali premesse, e dal testo medesimo, risultino già dimostrate alcune delle massime fondamentali da ritenersi in questo importante argomento, e così:

1° Che il solo adulterio commesso dalla moglie, quand'anche col tempo di esso coincidesse quello del concepimento, non potrebbe bastar mai ad autorizzare il marito a negare la paternità sua pel figlio concepito durante il matrimonio;

2° Che col fatto medesimo dell'adulterio deve pertanto congiungersi la circostanza che al marito *sia stata celata la nascita* del figlio;

3° Che quando sussista il concorso di quei fatti, è poi rimesso alla prudenza dei tribunali il valutare quelle altre circostanze che dal marito attore siano addotte per escludere la sua paternità.

Su quest'ultimo punto però è necessario rispondere ad un quesito abbastanza importante. *Gli altri fatti tendenti ad escludere la paternità, oltre quelli dell'adulterio e del celamento,* dovranno essi considerarsi come elementi indispensabili, come *condizioni* dell'azione in disconoscimento? O, in altri termini, potranno i tribunali pronunciare favorevolmente sull'azione in disconoscimento, fondandosi sulle prove somministrate dell'adulterio e del celamento, sebbene non concorrano altri fatti tendenti ad escludere la paternità?

La dottrina e la giurisprudenza francese non hanno traccia di questo dubbio; il quale infatti non doveva presentarsi sotto quel codice, che nell'art. 313 diceva: « Le « mari ne pourra désavouer l'enfant, même pour cause « d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée,

“ *auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres*
“ *à justifier qu'il n'en est pas le père* „.

Donde appariva che questo doppio fatto, di essersi la donna resa colpevole d'adulterio e d'avere poi celata la nascita del figlio al marito, non bastava da sè a far dichiarare che il figlio medesimo non appartenesse al marito, ma solo *permetteva a quest'ultimo di escludere coll'allegazione di altri fatti la paternità propria*. Questo stesso concetto fu ritenuto da egregi autori come applicabile anche alla legislazione nostra (1). Pure sembra che non si possa dissimulare una rilevante differenza fra i testi del codice Francese e dell'Italiano. Quello dichiarava che l'adulterio della moglie e l'occultamento della nascita del figlio farebbero luogo ad ammettere il marito a proporre i *fatti suscettibili di giustificare l'esclusione della paternità*. Di che risultava chiaramente, l'adulterio e l'occultazione della nascita non essere altro che *condizioni necessarie* a *rendere ammissibile il disconoscimento della paternità;* il quale però doveva sempre, ciò non ostante, appoggiarsi alla prova di fatti speciali atti ad escludere la negata paternità stessa. L'articolo 165 del codice Italiano si esprime, a veder nostro, diversamente. Per l'esercizio della facoltà del marito di ricusare di riconoscere il figlio, non esige che il concorso di due sole condizioni: l'*adulterio* e il *celamento della nascita del figlio.* Aggiunge poi che in tal caso il marito è ammesso a provare *così i fatti dell'adulterio e del celamento, come tutti gli altri tendenti ad escludere la paternità*. Ma con ciò è ben lungi dal richiedere la prova di questi ultimi fatti come assolutamente indispensabile. Certo è che in molti casi i soli fatti dell'adulterio e del celamento della nascita, considerati anche nel complesso delle circostanze da cui siano stati accompagnati, potranno non essere ritenuti come sufficienti a dimostrare che il marito non sia il padre, ma

(1) V. Borsari, *Comm.*, § 411, pag. 620 e s.; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, L. I n. 456, pag. 314 e s.

talvolta potrà anche avvenire il contrario, e per tali casi la legge nostra non obbliga i magistrati giudiziari a ritenere assolutamente necessaria la prova speciale e distinta di fatti diversi. Propenderemmo pertanto a ritenere che il codice nostro, limitando le sue prescrizioni assolutamente imperative alle due condizioni indispensabili a provarsi, dell'adulterio commesso dalla moglie e della occultazione della nascita del figlio al marito, abbia del resto voluto rimettersi alla prudenza dei tribunali quanto al ritenere o no necessaria inoltre la prova di altri fatti tendenti ad escludere la paternità. Certo ci sembra almeno, che non potrebbe dirsi violata la legge da quella sentenza, la quale, sulla prova somministrata dei soli fatti dell'adulterio e del celamento della nascita, ed apprezzandone le particolari circostanze, giudicasse risultare abbastanza constatata la esclusione della paternità del marito.

La negazione della paternità, nel caso contemplato dall'articolo 165, si fonda pertanto sopra tre distinte categorie di elementi: due delle quali, l'adulterio cioè e la occultazione della nascita, costituiscono altrettante *condizioni assolutamente necessarie;* la terza, cioè degli *altri fatti tendenti a completare*, se sia necessario, *la prova di esclusione della paternità*, è totalmente abbandonata al criterio dell'autorità giudicante.

Su ciascuno di quei distinti elementi è necessaria qualche particolare osservazione; da cui potrà risultarci come alcuni gravi dubbi ai quali lasciava luogo l'articolo 313 del codice Francese o siano stati espressamente chiariti dal testo del nostro art. 165, od almeno se ne contengano in esso opportuni elementi di risoluzione.

Il fatto dell'adulterio della moglie deve essere provato *direttamente* e *distintamente dagli altri fatti che siano addotti per escludere la paternità*, e più specialmente da quello della occultazione della nascita del figlio? Ovvero può bastare che siano provati, oltre all'occultazione della nascita, tutti gli altri fatti atti a giustificare l'esclusione della paternità

e che da questi risulti *indirettamente* ma evidentemente l'adulterio? La dottrina e la giurisprudenza francese erano su questo punto in disaccordo. La giurisprudenza era costante nel ritenere che l'occultazione della nascita del figlio fosse il solo fatto necessario a provarsi preventivamente dal marito, il quale volesse essere ammesso al disconoscimento della paternità; che da questa prova egli potesse, senz'altro, passare a quella degli altri fatti giustificanti la negazione della paternità sua; che dell'adulterio della moglie non fosse necessaria una *prova speciale e diretta*, ma bastasse il risultar esso indirettamente dalla esclusione della paternità del marito. Ed una opinione conforme era pure professata da alcuni autori (1).

Altri però combattevano vigorosamente questa teoria, dimostrandola non conforme nè al testo nè allo spirito della legge; non al testo, il quale parlando di un *disconoscimento per causa di adulterio*, considerava questo manifestamente come *causa principale* e *condizione essenziale* del disconoscimento medesimo, ond'era assolutamente inammissibile che di una tal condizione essenziale si reputasse superflua la prova specifica e diretta; non allo spirito, imperocchè, oltre all'esser esso rivelato in senso apertamente contrario dalle discussioni avvenute davanti al Corpo legislativo, era poi manifesto come quella *impossibilità morale* che forma qui il fondamento *della negazione di paternità*, trovi nel fatto dell'adulterio, constatato con prove speciali e dirette, un appoggio efficacissimo, che le mancherebbe affatto qualora si attendesse soltanto dalla prova dell'occultazione della nascita, e degli altri fatti tendenti ad escludere la paternità, la *dimostrazione indiretta* dell'adulterio stesso (2).

---

(1) V. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 433; Demante, *Cours analyt. de code civil*, t. II, n. 39 *bis*, IV.

(2) V. Duranton, t. III, n. 52; Valette sur Proudhon, t. II, chap. I, sect. 1, § 2, 3°, pag. 30, nª (*a*), 1; Zachariae, § 546, 3°, ni 46-50, nª 8; Marcadé, art. 313, § III, t. II, n. 9-10; Aubry et Rau, t. VI, § 545, nª 56, 4ª edizione; Laurent, t. III, n. 375.

Un celebre autore si lusingò d'aver trovato il mezzo di comporre questa dissidenza, pronunziando che la prova dell'adulterio della moglie, pel disconoscimento proposto contro il figlio del marito, non solo non fosse superflua, ma fosse necessaria; che però una tal prova non avesse bisogno di essere somministrata in modo diretto e principale, ma potesse risultare indirettamente, sia dall'occultazione della nascita del figlio, sia dagli altri fatti che fossero dimostrati per la esclusione della paternità; la quale teoria fu seguìta anche nella giurisprudenza italiana (1). Evidentemente però, sotto specie di conciliare due sistemi tra i quali avvi in realtà una opposizione completa e invincibile, veniva il lodato autore ad abbracciare il partito adottato dalla giurisprudenza, rifiutando quello proposto dalla dottrina.

Tra gli interpreti del codice Italiano avvi chi accetta senz'altro la teoria propugnata dal maggior numero degli autori francesi (2), e chi al contrario preferisce la massima ritenuta dalla giurisprudenza (3). Questa ultima opinione si fonda principalmente sulla idea, contro la quale già combattemmo, che l'*adulterio non costituisca una causa speciale di disconoscimento pel caso contemplato nell'articolo* 165, ma null'altro sia che *la causa generale e comune di tutte le azioni accordate al marito per la negazione della paternità.*

Contro l'avviso del *Borsari*, oltre ai motivi già riferiti che giustificavano la dottrina francese su questo tema, ci sembra concorrere un argomento invicibile molto chiaramente offerto dal nostro art. 165. Esso dice infatti che qualora, essendo stata celata la nascita del figlio al marito, questi lo disconosca *per causa di adulterio*, sarà ammesso a *provare così i fatti dell'adulterio* e del celamento, *come*

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 46; sentenza 26 marzo 1866 della Corte di appello di Torino (*Gazz. G.*, XVIII, 1, 385).

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, L. I, n. 456, nª 2.

(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 162-165, § 411 D, pag. 620; Ricci, vol. I, n. 241, pag. 298, s.

tutti gli altri tendenti ad escludere la paternità. È manifesto adunque che l'adulterio non si considera già dalla nostra legge come *risultante indirettamente* dalla esclusione della paternità del marito, esclusione che sia giustificata dal complesso degli altri fatti, ma si considera veramente come *fatto fondamentale*, come *condizione elementare*, di cui è necessario somministrare la *prova distinta* e *diretta*, affinchè la esclusione della paternità possa essere ammessa. Se al nostro legislatore fosse piaciuto accettare la dottrina opposta, non avrebbe avuto motivo di fare distintamente e contemporaneamente menzione della prova che debba somministrarsi *del fatto dell'adulterio*, oltre a quello del celamento ed a tutti gli altri tendenti ad escludere la paternità. Vero è che, a fronte della disposizione dell'art. 165, da cui è espressamente ammesso *ogni genere di prova*, non è a dubitare che l'adulterio stesso potrà provarsi anche col mezzo di *semplici presunzioni di fatto*. Ma ciò che devesi ritenere sempre come indispensabile è che l'adulterio, come elemento necessario e fondamentale che esso è dell'azione in disconoscimento nel caso dell'art. 165, *possa indursi soltanto da fatti che ad esso si riferiscano immediatamente*, e non da qualunque specie di altri fatti tendenti ad escludere la paternità del marito. — Richiedesi insomma la *prova positiva*, sia pure col mezzo di presunzioni di fatto, che la moglie abbia commesso atti di adulterio; non basterebbe quella specie di *prova negativa*, colla quale, essendo esclusa la paternità del marito, ne risultasse per via di conseguenza che il figlio ha dovuto essere frutto dell'adulterio.

L'adulterio, su cui si fondi la negazione della paternità, *deve coincidere col tempo in cui può ritenersi avvenuto, secondo le comuni presunzioni di legge, il concepimento del figlio* (1). L'art. 165 non esprime veramente questa condizione, che fu invece dichiarata negli art. 162 e 163 rispetto alle due prime

---

(1) V. sentenza 8 aprile 1866 della Corte d'appello di Venezia (*Giur. It.*, XXXVIII, II, 373).

cause di negazione della paternità. Ma è di natura delle cose che trattandosi di un fatto il quale *rendendo probabile che la procreazione del figlio sia opera altrui*, viene addotto come primo elemento di prova in appoggio della negazione di paternità del marito, debba quel fatto essersi verificato nel tempo in cui la generazione del figlio può essere avvenuta. Tuttavia non è da dimenticare che l'adulterio può dimostrarsi *con ogni genere di prova*, e quindi anche col mezzo di *presunzioni di fatto*, le quali per natura loro devono necessariamente esser lasciate in balìa del prudente giudizio dei tribunali. Non è tolto pertanto che, provato l'adulterio commesso dalla moglie in tempo anteriore ma non molto lontano a quello del concepimento del figlio, i giudici possano dal complesso delle circostanze indurre che le relazioni colpevoli della moglie siano state continuate anche nel periodo nel quale verrebbe a porsi il presumibile concepimento del figlio (1).

È egli necessario che la prova dell'adulterio, come fatto fondamentale pel disconoscimento, *preceda l'ammissione del marito a negare in giudizio la paternità?* Più opinioni, non concordi fra loro, formaronsi a questo proposito nella dottrina francese. Vi fu chi ritenne dover essere constatato l'adulterio preliminarmente ed in giudizio apposito, *prima che l'istanza in disconoscimento venga introdotta* (2). Altri non adottando una massima tanto rigorosa, ed ammettendo che l'adulterio possa esser provato anche *nello stesso giudizio di disconoscimento*, vorrebbe però che la decisione sull'allegazione dell'adulterio non potesse essere riunita a quella del merito principale dell'istanza in rifiuto di paternità, ma avesse a pronunziarsi in una sentenza incidentale prima di quella sul merito (3). Nessuna di queste opinioni fu però seguìta dagli altri autori (4).

---

(1) V. Marcadé, art. 313, § I, t. I, n. 8; Demolombe, t. V, n. 47.
(2) V. Toullier, t. II, n. 815.
(3) V. Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. II, § II, n. 5.
(4) V. Zachariae, Aubry et Rau, Laurent, luoghi citati.

Nel codice Italiano si volle prevenire il rinnovarsi di tali dubbî, col dichiarare espressamente nell'art. 165 che i fatti dell'adulterio e del celamento della nascita, come tutti gli altri tendenti ad escludere la paternità, possono essere provati dal marito *anche nel giudizio stesso in cui propone il suo richiamo*. Per verità non sarebbe esclusa manifestamente, con questi termini della legge, fuorchè la prima delle accennate due opinioni; e potrebbesi ancora presentare il dubbio se fosse necessaria una sentenza incidentale che pronunciasse sull'allegazione dell'adulterio prima della decisione sul merito dell'istanza. Ma questo dubbio, che appena sarebbe lecito proporre, sarebbe subito sciolto da considerazioni molto ovvie e coll'applicazione dei principî generali. — Essendo l'adulterio della moglie e il celamento della nascita del figlio due *condizioni necessarie per l'ammissibilità dell'azione in negazione di paternità*, era naturale il sorgere del pensiero che occorresse la *dichiarazione giudiziale preliminare* dell'adulterio, affinchè l'azione in disconoscimento fosse *ricevibile*. Era quindi savio ed opportuno il troncare ogni questione possibile, dichiarando espressamente, come si fece, che la prova dell'adulterio può presentarsi *anche nel giudizio stesso in cui si propone il richiamo*. Ma una volta stabilito ciò, diveniva poi superfluo l'occuparsi di rimuovere l'altra idea che fosse necessaria una sentenza incidentale, la quale pronunciasse sull'allegazione dell'adulterio, prima che si decidesse sul merito dell'istanza. Era troppo evidente da sè che, l'adulterio e il celamento della nascita del figlio non essendo altro che *condizioni* e *mezzi* di far valere l'azione in disconoscimento, non poteva essere necessaria, non disponendolo espressamente la legge, una sentenza che li constatasse prima della decisione sul merito dell'istanza; non essendo conforme ai principî che l'autorità giudicante debba pronunciarsi con sentenze separate *sui mezzi delle azioni* portate alla cognizione sua.

I signori *Aubry* e *Rau* dissero a tale proposito: “ La “ prova dell'adulterio e quella del celamento della nascita

" stanno a carico dell'attore in negazione di paternità, che
" *deve stabilire l'esistenza dell'uno e dell'altro di questi fatti.*
" Ma *non è necessario che la prova ne sia fatta prima della*
" *introduzione dell'azione* in disconoscimento. E neppure è
" richiesto che quei fatti siano riconosciuti come accertati
" da una sentenza proferita innanzi alla decisione del me-
" rito sulla contestazione: *il voto della legge è bastantemente*
" *soddisfatto qualora l'uno e l'altro si trovino constatati nella*
" *sentenza che ammette il disconoscimento.....* „ (1).

Poche cose ci occorrerà di osservare intorno all'altra condizione pel disconoscimento di paternità, cioè l'*occultazione della nascita* del figlio al marito.

Rammentiamo che il motivo per cui tale occultazione è considerata dalla legge come argomento di probabilità che il figlio non appartenga al marito, consiste nella *tacita confessione* che si contiene nel fatto della moglie, la quale celando il parto viene a riconoscere che il marito suo non può ritenersene padre. Da ciò dedurremo facilmente, in primo luogo, che l'occultazione della nascita del figlio deve essere *opera della moglie;* sicchè a nulla varrebbe che la nascita del figlio fosse rimasta ignota al marito o per cause indipendenti dal fatto personale di chiunque, o per opera d'altri che della moglie. Ne dedurremo ancora richiedersi una *occultazione dolosa*, che cioè sia, o possa almeno supporsi diretta a nascondere il frutto di un reato di adulterio (2). Ne dedurremo da ultimo che quand'anche il marito avesse in realtà avuto notizia del parto della moglie, ciò non toglierebbe all'effetto degli adoperamenti che fossero stati usati da lei per tenerglielo nascosto; imperciocchè, non nell'essere stata dal marito ignorata la nascita del figlio, ma *nell'essergli essa stata celata*, cioè nell'essersi compiuto

---

(1) V. Aubry et Rau, t. VI, § 545, nº 57, 58, 4ª ediz.; sentenza della Corte d'appello di Torino, 31 luglio 1869 (*Giur. T.*, III, 647).

(2) V. decisione della Corte di cassazione di Firenze, 8 dicembre 1881 (*Legge*, XXII, I, 512), e sentenza Corte d'appello di Venezia, 8 marzo 1886 (*Giur. It.*, XXVIII, II, 373).

almeno soggettivamente ciò che era necessario per fare che la ignorasse, consiste l'elemento della negazione di paternità determinata dalla legge. E quando siano stati compiuti dolosamente dalla moglie gli atti di occultazione del parto, si verifica quella *tacita confessione* di lei che rende probabile la non-paternità del marito, indipendentemente dall'essere o no riuscito l'inganno; mentre all'opposto, in mancanza di tali atti di celamento, non sussiste quella tacita confessione, sebbene il marito abbia per tutt'altra causa ignorato il parto.

Ma se vale a formar base del disconoscimento di paternità questa specie di *tacita confessione* della moglie, perchè dunque non si ammette altrettanto per la *confessione espressa;* della quale è detto nel secondo paragrafo dello art. 165 che " La sola confessione della madre non basta " ad escludere la paternità del marito? „. Sarà dunque maggiore la forza di ciò che è tacito, che di ciò che sia espresso? Nel caso nostro è precisamente così; e per motivi facilmente giustificabili. Una dichiarazione espressa di non-paternità del marito, potrebbe esser fatta dalla moglie per tutt'altro motivo che perchè ella stessa ne avesse la certezza; potrebbe essere fatta per ispirito di odio o di vendetta contro il marito, per persuadere l'amante che la paternità fosse veramente sua, o per qualche altra malvagia passione e scellerato scopo. D'altronde non poteva darsi arbitrio alla madre di compromettere con una propria dichiarazione lo stato del figlio. Quando invece si tratti della tacita confessione risultante dalla occultazione della nascita, manca ogni fondamento al sospetto che l'azione con cui la moglie celava il suo parto, avesse altro movente fuor della persuasione che il marito non potesse esserne il padre; e non è allora la madre che comprometta a proprio arbitrio lo stato del figlio, ma è la legge che dispone di questo stato, prendendo a base anche una presunzione tratta da quel fatto della madre. D'altronde la legge dice unicamente che *la sola* confessione della madre *non basta* ad escludere la

paternità del marito; senza vietare però che una tale confessione possa essere presa in considerazione dai giudici, *tra gli altri fatti tendenti ad escludere quella paternità* (1).

Si è dubitato, che per dar fondamento al rifiuto di riconoscere il figlio per causa di adulterio potesse bastare l'essere stata *celata la gravidanza*, senza che questa occultazione avesse durato *fino alla nascita* (2). Ma l'articolo 165 parla di *celamento della nascita;* il che comprende bensì necessariamente *l'occultazione anche della gravidanza*, ma per ciò stesso dimostra ad evidenza che questa occultazione deve essere continuata fino al momento del parto. D'altronde in materia di rigore, quale è quella del disconoscimento, che viene contro la presunzione legale di paternità, non può essere lecito uscire dai termini della legge, nè interpretarli largamente, come si farebbe se si ritenesse equivalente al *celamento della nascita* quello *della gravidanza per una parte soltanto della durata di essa.* Infine poi anche i motivi stessi della legge confermano e giustificano questo suo senso restrittivo; poichè la occultazione della gravidanza e della nascita è ben più grave che la sola occultazione della prima, per dar fondamento all'azione in negazione di paternità.

Quanto *agli altri fatti tendenti ad escludere la paternità*, oltre l'adulterio commesso dalla moglie e la occultazione della nascita del figlio, è chiaro che la legge si è rimessa, come doveva necessariamente, al criterio dei tribunali, sia per l'ammissione, sia per l'apprezzamento di tali fatti allegati per *completare la prova dell'impossibilità morale della paternità del marito.* La dottrina indica però alcuni dei principali tra questi fatti; quali sarebbero, l'età molto inoltrata

---

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Torino, 22 novembre 1881 (*Giur. It.*, XXXIV, I, 1, 190), e sentenza della Corte d'appello di Venezia, 29 aprile 1890 (*Giur. It.*, XLII, II).

(2) V. decis. della Corte di cassazione di Torino, 31 luglio 1869 (*Legge*, XIX, I, 869), e sentenza della Corte d'appello di Bologna, 13 giugno 1868 (*Giur. It.*, XX, II, 514).

del marito, lo stato suo d'infermità abituale, la *separazione di fatto* tra i coniugi, la scostumatezza della moglie, le dichiarazioni da lei emesse, ecc. Quanto ai mezzi di prova coi quali si possa constatare, sia l'adulterio e il celamento della nascita, sia ogni altro fatto tendente ad escludere la paternità del marito, l'articolo 165 ha adottata espressamente la massima la più ampia, dichiarando ammissibile *ogni genere di prova*, compresa quindi e la *testimoniale* e quella per *presunzioni*. Per ciò che riguarda specialmente la *occultazione della nascita*, potrebbe essere considerata come prova sufficiente l'essere il figlio stato iscritto nei registri dello stato civile come *nato da genitori ignoti*.

16. Se dai principî generali intorno ai mezzi di prova ammissibili in materia di disconoscimento della paternità, passiamo a ricercare quale tra le parti contendenti debba aver l'onere di somministrare quelle prove, non essendo fatta in proposito veruna disposizione speciale dalla legge, non possiamo trarre argomenti di risposta all'importante quesito fuorchè ricorrendo ai principî generali di diritto. I quali c'insegnano, da una parte che l'onere della prova spetta sempre a quello tra i contendenti, sia l'attore o il convenuto, che coi fatti giuridici da lui affermati intenda a porre l'altra parte in una condizione deteriore, rispetto a quella in cui si trova, sia naturalmente, sia per effetto di prove già da essa somministrate; che d'altro lato tra i due litiganti, uno dei quali affermi ciò che è di regola, l'altro pretenda essersi verificata un'eccezione, è sempre quest'ultimo che ha il carico della prova, poichè è l'eccezione che abbisogna di essere dimostrata contro la regola, non questa contro quella.

Facendo applicazione di questi principî generali a ciascuno dei diversi casi in cui abbiamo visto farsi luogo a disconoscimento della paternità, vedremo risultarne una teoria abbastanza completa.

Cominciamo dal caso contemplato nell'art. 161 in cui si tratta d'un figlio concepito prima della celebrazione del matrimonio durante cui nacque. Poichè, come abbiam visto a suo tempo, il marito è allora, per regola, pienamente libero nel disconoscimento, che dipende unicamente dalla sua volontà, è chiaro dunque che il marito stesso, e dopo la sua morte gli eredi di lui, agendo per impugnare la paternità, non avranno l'onere di alcuna prova; salvo il caso in cui si contesti che il figlio disconosciuto sia *nato vivo*, giacchè essendo questo un *elemento necessario* a poter promuovere l'azione in disconoscimento, sia pure nel caso dell'art. 161, e la *vita* non presumendosi come si presume la vitalità (vedi art. 724, § ult° cod. civ.), spetta quindi all'attore, in caso di contestazione, il dimostrare esistente questa condizione fondamentale dell'esercibilità della sua azione.

All'opposto il convenuto, che per difendersi sostenga essersi verificata qualcuna delle cause eccezionali per cui, secondo l'art. 161, può essere esclusa l'azione di disconoscimento, avrà l'onere di provare l'esistenza di quelle cause. Sarà a lui, pertanto, che incomberà di somministrare le prove opportune ad accertare che il marito fosse consapevole della gravidanza prima del matrimonio, o che egli abbia assistito all'atto di nascita, o che il figlio disconosciuto *non sia nato vitale;* perocchè quando non sia contestabile, od almeno non sia contestato, o in caso di contestazione sia provato dall'attore, che il figlio disconosciuto *nacque vivo*, si presume senz'altro che fosse anche *vitale* (d° art. 724, § ult° cod. civ.) e spetta perciò al convenuto, che sulla *non vitalità* del figlio disconosciuto fondi la propria eccezione, a norma dell'art. 161 n. 3°, il somministrarne la prova.

È riservata, ben s'intende, anche in questi casi all'attore la prova contraria; la quale dovrà versare sulla non esistenza dei fatti a cui si annettono le eccezioni opponibili, secondo l'art. 161, all'azione in disconoscimento.

Nel caso dell'art. 162, l'attore in disconoscimento del figlio concepito durante il matrimonio *deve provare*, come è anche espresso nell'articolo medesimo, *i fatti dell'allontanamento o di altro accidente*, che abbiano prodotta l'impossibilità fisica pel marito di coabitare colla moglie in tutto il tempo decorso dal tredicesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio. Data questa prova perfetta, essa trae seco senz'altro l'illegittimità del figlio disconosciuto; il quale non potrebb'essere ammesso a combattere le conseguenze della impossibilità fisica della paternità del marito, in altro modo che col dimostrare insussistenti i fatti da cui quella impossibilità risulterebbe.

Se il disconoscimento abbia per causa la *separazione legale* dei coniugi (art. 163 cod. civ.) non sembra dubbio che *l'attore* debba aver l'onere di provare che *la separazione sussisteva in fatto e in diritto* nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio; avvegnachè sia questo il fatto giuridico necessario a base dell'azione ammessa eccezionalmente dalla legge contro la presunzione di paternità del marito pel figlio concepito durante il matrimonio. Pure un illustre autore ha detto che " La separazione deve provarsi *dalla* " *moglie convenuta* „ (1). Ma la moglie non è veramente *convenuta* nel giudizio di disconoscimento della paternità, essendo da intentarsi l'azione *contro il figlio* se maggiore di età, o se minore od interdetto, in contradditorio d'un curatore deputato dal tribunale davanti al quale il giudizio è promosso (art. 168 § 1° cod. civ.). E se la madre è *chiamata ad intervenire* (art. 168, § 2, cod. civ.), ciò è unicamente per l'indole speciale della contestazione, nella quale la madre stessa ha sempre impegnato il proprio onore, ed è poi la persona da cui, per naturale affetto e per condizioni personali, può ripromettersi la più efficace difesa degli interessi del figlio, che è veramente il convenuto nel giudizio

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, L. 1, n. 454, pag. 314.

di negazione della paternità. Che poi non spetti al convenuto, ma all'attore, il provare l'esistenza di quella separazione di convivenza tra i coniugi, che nel caso dell'articolo 163 costituisce il fondamento necessario all'azione di disconoscimento, sembra manifestamente dimostrato dai principî fondamentali intorno all'onere della prova, secondo i quali chiunque proponga un'azione in giudizio, od opponga all'azione altrui una eccezione, è tenuto a provare i fatti di cui l'azione od eccezione sua suppone la esistenza, vale a dire a dimostrare l'esistenza di tutti i singoli elementi di fatto che debbono concorrere a base del diritto o del benefizio di legge invocato. Ma per l'applicazione di questi stessi principii, è chiaro altresì che qualora all'azione di disconoscimento venisse opposta, a termini dell'art. 163 § 2°, la riunione temporanea che si dicesse avvenuta tra i coniugi, spetterebbe al convenuto il provarla.

È altrettanto evidente che, se per l'azione di disconoscimento si alleghi la *manifesta impotenza* del marito (art. 164 codice civile), spetterà pure all'attore il provare i fatti da cui questa impotenza risulterebbe; nè il convenuto potrà difendersi altrimenti che combattendo con prove contrarie i fatti medesimi.

Da ultimo, per ciò che riguarda il disconoscimento per causa di adulterio, l'art. 165 dichiara, in termini espliciti, che spetta al marito, od all'erede di lui che eserciti l'azione, il *provare così i fatti dell'adulterio e del celamento* della nascita del figlio, *come tutti gli altri tendenti ad escludere la paternità*. Qualche dubbio era sorto nella dottrina francese, sulla giustizia di questa massima, per quanto concerne l'*occultazione della nascita*. Dicevasi da taluno che ciò che è allegato dall'attore in disconoscimento è *cosa negativa*, della quale è impossibile la prova; epperò dovesse applicarsi l'adagio: *factum negantis nulla est probatio*, e porsi quindi la prova a carico del convenuto (1). Ma, a parte ogni altra

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 88, nª 11.

considerazione sulla ammissibilità di quell'adagio nel sistema odierno delle prove, è evidente che il *Delvincourt*, di cui era quella dottrina, rinnegata da tutti gli altri autori (1), sbagliava la base della sua argomentazione: imperciocchè pel marito che ricusa di riconoscere il figlio per causa di adulterio, non si tratta già di provare che *egli non abbia conosciuta la nascita del figlio* stesso, ma che *gli fu celata* impiegando i tali o tali altri mezzi, i quali costituirebbero certamente altrettanti *fatti positivi*, di cui è possibilissima la prova.

Sezione III.

Delle azioni relative allo stato di filiazione legittima.

Sommario. — 17. Nozioni generali. Partizione della materia.

17. Qualunque specie di stato personale, o parlando più esattamente *qualunque modo speciale dello stato di una persona*, può aprir l'adito a due principali categorie di azioni; quella di *reclamazione* e quella di *contestazione di stato*. Colla prima taluno domanda che gli sia attribuito uno stato di cui non si trova legalmente in possesso, ma che pretende appartenergli per diritto; colla seconda si mira a far dichiarare non esistente uno stato del quale il convenuto ha il possesso *di fatto o di diritto*. Ciò vale, come dicemmo, non tanto per lo stato di filiazione legittima, quanto per qualunque altro modo dello stato personale. Così possono esercitarsi azioni di *reclamazione* e di *contestazione* di stato relativamente alla filiazione naturale, al matrimonio, alla patria podestà, alla tutela, all'adozione, alla emancipazione, alla interdizione, alla inabilitazione. Ed è notevole quanto accennammo, che, in ordine alle azioni le quali con generica espressione diconsi *di stato*,

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 50; Marcadé, art. 313, § II, t. II, n. 8: Demolombe, t. III, n. 41; Aubry et Rau, t. VI, § 545, nª 55.

sia da avere riguardo non solo al possesso che abbiasi *in fatto*, ma parimente a quello che sussista *in diritto;* imperciocchè lo *stato civile delle persone* essendo attribuito per virtù assoluta della legge ed esclusivamente per le disposizioni di essa, ne segue che concorrendo le condizioni dalla legge medesima determinate, debba la persona ritenersi *investita per diritto del possesso di quello stato* che la legge le concede, ancorchè non abbia quel possesso in fatto, sebbene cioè non eserciti effettivamente gli attributi dello stato a lei appartenente. Perciò non potrebbe esser caso di vera *reclamazione* di uno stato il quale per fatti legalmente apparenti risultasse già appartenere al reclamante; e per converso potrebbesi agire in contestazione di uno stato che apparentemente risultasse attribuito ad una persona, quantunque di fatto ella nol possedesse. Così, restringendoci alla specialità dello stato di filiazione legittima, supposto che nei registri dello stato civile sia iscritto un tale come nato da donna maritata (vedi art. 170 cod. civ.), egli non può aver bisogno di *reclamare lo stato di figlio legittimo del marito* di questa donna; e quand'anche non si trovi di fatto in possesso dei vantaggi annessi a tale stato, l'azione ch'egli promuova allo scopo di ottenerli non è da qualificarsi veramente come *azione in reclamazione di stato*. All'opposto potrebbe altri intentare contro di lui un'*azione in contestazione di stato*, perciò solo che apparisse dai registri dello stato civile come nato in costanza di matrimonio legittimo, sebbene dello stato di legittimità non possedesse di fatto gli attributi.

Ritenuto che per la legittimità della filiazione, come per qualunque altro modo dello stato personale, facciasi luogo principalmente a due specie di azioni, quella *in reclamazione* e l'opposta *in contestazione della legittimità* stessa; non è per ciò che le norme relative a tali azioni siano perfettamente identiche tra questo e qualunque altro stato. Chè anzi molte e gravi differenze avremo a notare; e prima di tutte, questa che l'*azione in contestazione*, per rispetto

allo stato di filiazione legittima, si suddistingue in diverse altre, cioè: 1° l'*azione diretta* ad impugnare la paternità; 2° quella *in contestazione di legittimità*, propriamente detta; 3° quella *in contestazione di stato*, propriamente detta.

La quale diversità trae la sua origine dai vari elementi costitutivi dello stato di legittimità; in ragione di ciascuno dei quali può impertanto per la sua mancanza farsi luogo ad una speciale azione in contestazione dello stato predetto. Vedemmo infatti quegli elementi ridursi a tre, e così: 1° la dimostrazione della *maternità;* 2° la dimostrazione che *il concepimento sia avvenuto mentre la madre era legata in matrimonio;* 3° la presunzione della *paternità del marito*. Ora appunto per la mancanza della prima di queste condizioni essenziali, potrà farsi luogo all'azione in *contestazione di stato;* per quella della seconda, all'azione in *contestazione di legittimità;* la terza condizione finalmente potrà aprir l'adito all'*azione in disconoscimento di paternità*.

Di vero, se taluno è di fatto in possesso dello stato di legittimità, che gli viene però contestato, sia negando la *maternità* di quella donna maritata dalla quale egli si pretende nato, sia negando la *identità* di lui col figlio partorito da quella donna, è evidente come ciò che forma oggetto di controversia non sia tanto *la legittimità della filiazione*, quanto *la filiazione stessa;* ond'è che non si ha solo una *contestazione di legittimità*, ma una radicale *contestazione dello stato* stesso del figlio che si pretenderebbe legittimo.

Se invece non è posta in dubbio la maternità, nè l'identità personale del figlio, ma si contrasta ch'egli sia stato *concepito durante il matrimonio*, sia affermando che la madre di costui non fu mai maritata, o che il matrimonio da lei contratto era *inesistente giuridicamente*, o che il concepimento debba necessariamente riputarsi avvenuto *dopo lo scioglimento del matrimonio* (art. 169 cod. civ.); avremo allora, non già una *contestazione di stato*, non essendo indubbiata la *filiazione*, ma una pura e semplice *contestazione*

di legittimità, essendo a questa opposto l'ostacolo del non poter essere avvenuto il concepimento del figlio durante lo stato coniugale della madre.

Se, infine, consta non tanto della maternità e della identità del figlio, quanto anche del concepimento di lui durante il matrimonio della madre, e solo si viene a combattere, con uno dei mezzi permessi dalla legge, la *presunzione legale di paternità del marito*, abbiamo allora veramente una *impugnazione della paternità* stessa; che è, se vuolsi, una *specie della contestazione di legittimità* intesa nel più ampio significato, ma che non può confondersi colla *contestazione di legittimità propriamente detta* e come l'abbiamo poco prima dimostrata.

Dalle cose premesse appare dunque che a fronte della *azione in contestazione di stato*, intesa in genere e come comprensiva di qualunque modo di stato personale, abbiamo una speciale *azione in contestazione di stato*, riferibile esclusivamente a quello di filiazione legittima, e che ha luogo quando si neghi o la maternità o l'identità del figlio; che parimente, a fronte dell'*azione in contestazione di legittimità* intesa nel più ampio significato, come comprensiva di tutte le azioni col mezzo delle quali lo stato di legittimità si può impugnare, abbiamo una speciale azione, propriamente detta di *contestazione della legittimità*, che ha luogo quando, dimostrata o non contraddetta la maternità e l'identità del figlio, si nega che la madre sia mai stata legata in un matrimonio avente esistenza giuridica, o si afferma che il concepimento debba ritenersi avvenuto dopo sciolto il matrimonio. Non può dirsi altrettanto del caso in cui il concepimento sia da ritenersi avvenuto *prima della celebrazione del matrimonio;* perciocchè allora, come abbiam visto a suo luogo, il figlio che nasce dopo la celebrazione predetta, ha per sè la presunzione legale di paternità legittima del marito, presunzione che può bensì essere impugnata dal marito stesso, e dopo la sua morte dagli eredi di lui, ma con un'azione che non è

di *contestazione di legittimità*, sibbene di *disconoscimento della paternità* (art. 161 cod. civ.).

Tutte le azioni relative allo stato di filiazione legittima, di cui finora parlammo, hanno un carattere comune, sì tra loro che colle altre *azioni* o *questioni di stato*. Ciò è l'essere esse tutte *di eminente ordine pubblico*; sicchè non potrebbero mai formare oggetto di convenzione privata, di rinunzia, di transazione.

Invero lo stato civile d'una persona, qualunque sia la forma o modalità speciale sotto cui si presenti, costituisce la base dei rapporti giuridici di quella persona verso le altre e verso l'intiera società, secondo le differenti qualità di cui la persona stessa sia rivestita, di cittadino o straniero, di marito o di moglie, di padre, madre, o figlio legittimo, o naturale, o adottivo. Così lo stato di un individuo, viene essenzialmente a confondersi colla personalità stessa di lui, e pei rapporti giuridici di cui forma fondamento, non è da considerarsi di solo interesse privato di colui al quale appartiene, ma come avente nella essenza sua il carattere di diritto morale, attinente anche all'ordine pubblico e all'interesse generale. Sotto i quali molteplici aspetti sarebbe dunque assurdo l'ammettere che lo stato personale per sè medesimo fosse suscettibile di alienazione, di rinunzia, di contrattazione quale che fosse. Di tutto ciò tanto meno sarebbe lecito dubitare in ordine allo stato di filiazione legittima; poichè — come disse il Laurent — " è sulla filiazione che riposano le famiglie, " e la famiglia è il fondamento della società civile e poli- " tica „. " Le sole cose che sono in commercio possono for- " mare oggetto di contratto „ (art. 1116 cod. civile) e sarebbe strano il pensare che fra le cose in commercio si avesse da comprendere anche lo stato di filiazione legittima. La rinunzia a tale stato ne conterrebbe essenzialmente l'alienazione, e questa non è possibile trattandosi di cosa che non è in commercio, che è d'ordine pubblico, d'interesse generale. La transazione implica essa

pure una rinunzia, poichè non si può transigere senza abbandonare in qualche parte ciò che formerebbe oggetto della controversia a cui si vuole por fine, o che si vuole prevenire (art. 1764 cod. civ.): per la quale considerazione, e perchè poi la transazione è pure un contratto, che al pari degli altri non può aver per oggetto una cosa che non è in commercio; rimane dunque esclusa, rispetto allo stato di filiazione legittima, la transazione non meno che la rinunzia pura e semplice.

Dal principio che qualunque rinunzia allo stato di filiazione legittima sarebbe radicalmente nulla, e nulla sarebbe parimente qualsiasi transazione sopra una controversia relativa a tale stato, l'autore sullodato ha dedotto giustamente tre importanti conseguenze, e così:

1° che se taluno, dopo avere intentata un'azione in reclamazione di stato, ne avesse desistito, o fatto atto di acquiescenza alla sentenza in primo grado che avesse respinta la sua domanda, ciò non gli sarebbe di ostacolo a potere nel primo caso proporre di nuovo l'istanza di reclamazione, e nel secondo appellare dalla sentenza che gli fu contraria. “ È vero, soggiunge l'autore, che il figlio avrebbe “ anche potuto non appellare, e in tale ipotesi il silenzio di “ lui implicherebbe un'acquiescenza tacita; ma se allora “ il figlio sarebbe decaduto dal diritto di appellazione, ciò “ dipenderebbe, piuttosto che dalla volontà di lui, dall'au- “ torità attribuita dalla legge alle sentenze, e per la ne- “ cessità di porre un termine alle liti „;

2° che non sarebbe opponibile al figlio una qualunque confessione da lui fatta circa lo stato suo di filiazione, nè si potrebbe deferirgli sopra tale stato il giuramento decisorio: perchè questo implica una transazione, la quale è radicalmente nulla qualora abbia per oggetto una questione di stato; e perchè “ la confessione contiene una “ disposizione del diritto a cui si riferisce, ed è quindi “ inammissibile in materia di stato „;

3° che lo stato non può esser acquistato nè perduto

per effetto di prescrizione; poichè questa, o sia poi *acquisitiva* od *estintiva* “ suppone sempre un diritto che sia in “ commercio, un diritto da potersi acquistare per titolo “ o possesso, da potersi perdere per effetto d'una rinunzia “ tacita, o di negligenza; supposizioni tutte estranee allo “ stato delle persone „. Il legislatore ha dichiarata espressamente l'imprescrittibilità dell'*azione per reclamare lo stato legittimo* (art. 328 cod. Francese = 177 cod. Italiano); ma con ciò ha fatto semplicemente l'applicazione d'un principio generale, lungi dall'aver voluto stabilire una eccezione per questa sola azione speciale (1).

Le massime fin qui dimostrate sono riferibili unicamente allo stato delle persone considerato per sè solo, come diritto morale, attinente alla personalità stessa dell'individuo; essendo limitati a ciò i motivi sui quali vedemmo fondarsi le massime stesse. I *diritti patrimoniali* — per esempio di successione — che possono dipendere dai rapporti di stato personale, non sono da confondersi nè hanno identità di caratteri con esso; giacchè manifestamente nulla hanno di comune coll'ordine pubblico, coll'interesse della società, ma all'opposto riguardano il solo interesse privato di coloro a cui tali diritti appartengono, e sono quindi suscettibili, al pari d'ogni altro diritto della stessa natura, di formare oggetto di convenzione, di rinunzia, di transazione; possono lasciar luogo a desistere validamente dall'azione che relativamente ad essi sia stata promossa, o ad acquietarsi irretrattabilmente alla sentenza che in primo grado sia stata pronunziata; possono essere acquistati o perduti per prescrizione (2).

Benchè le predette massime siano comuni, come dicemmo, a tutte le *azioni o questioni di stato personale*, d'altra parte però vi sono anche punti di differenze importanti, sia tra l'una e l'altra delle azioni relative allo stato

---

(1) V. Laurent, t. III, n. 427.
(2) V. Laurent, l. c., n. 428.

di filiazione legittima, sia tra esse tutte e le altre *questioni di stato*. Quanto a queste ultime, la ragione di tali differenze sta nella peculiare importanza di tutto ciò che riguarda la specialità dello stato di filiazione legittima.

Le diversità poi tra l'una e l'altra delle particolari azioni relative allo stato di legittimità dipendono dall'indole differente di ciò che con ciascuna di esse si viene a combattere. Così coll'azione in *contestazione di legittimità*, e molto più con quella di *contestazione di stato*, non avendosi a distruggere veruna presunzione di legge, ma solo a dimostrare che la presunzione di legittimità non esiste, per mancanza dei fatti che sarebbero necessari al fine di darle fondamento; è quindi ragionevole che tali azioni rimangano soggette al diritto comune, quanto al poter essere esercitate da *qualunque persona vi abbia interesse*, quanto al non essere subordinate a speciali termini di decadenza, ma solo alla prescrizione ordinaria, e quanto infine alle forme del giudizio. All'opposto coll'*azione in disconoscimento di paternità* si tende a distruggere, con mezzi eccezionali e tassativi, la *presunzione di paternità del marito*, che nell'interesse anche pubblico fu stabilita dalla legge. Ragion voleva dunque che la legge stessa vi apponesse speciali limitazioni, sia quanto alle persone che potessero promuoverla, sia quanto al tempo entro cui potesse utilmente essere esercitata, sia infine quanto alle forme particolari del giudizio.

Restringendoci per ora a questi cenni generali, riserbiamo ogni particolare dimostrazione su ciascuno di tali argomenti alla trattazione, a cui ora ci accingeremo in separati paragrafi, delle azioni in *reclamazione*, in *contestazione di stato* legittimo, in *contestazione della legittimità*, e finalmente in *disconoscimento della paternità*. Anche dell'azione in reclamazione di stato legittimo discorreremo in questa sezione, sebbene abbia speciali rapporti colle *prove della filiazione legittima*, in occasione delle quali ne parla infatti il codice nostro sotto gli art. 177, 178: reputando pre-

feribile, per l'ordine della trattazione dottrinale, l'esaurire sotto un sol punto di vista generale tutto ciò che è relativo alle azioni concernenti lo stato di filiazione legittima; per svolgere poi separatamente le teorie risguardanti i mezzi di prova coi quali l'azione in reclamazione di stato possa dimostrarsi fondata, o combattersi quella in contestazione di stato o di legittimità.

Non ci proponiamo dunque di esaurire qui la materia dell'azione in reclamazione di stato, che avrà il necessario suo complemento nella sezione successiva, dove trattandosi *delle prove della filiazione legittima*, riuscirà dimostrato quali siano i casi e le condizioni sotto cui quell'azione possa essere esercitata; ma esporremo soltanto i principii generali regolatori della reclamazione predetta, affinchè si abbiano sott'occhio in un quadro completo le teorie fondamentali concernenti tutte le azioni relative allo stato di filiazione legittima, che formano l' argomento di questa sezione.

§ 1. — *Dell'azione in reclamazione di stato legittimo.*

Sommario. — 18. Principii generali. — 19. Chi possa esercitare l'azione in reclamazione di stato. — 19 *bis*, I. Personalità dell'azione appartenente al figlio per far dichiarare il proprio stato legittimo. — 19 *bis*, II. Caratteri giuridici dell'azione spettante agli eredi del figlio circa la reclamazione dello stato legittimo di lui. — 19 *bis*, III. Caratteri giuridici dell'azione esercibile dai discendenti del figlio per la reclamazione di stato legittimo.— 20. Condizioni subordinatamente alle quali la detta azione può essere promossa o proseguita dagli eredi o discendenti o dagli aventi causa del figlio. — 21. Imprescrittibilità dell'azione in reclamazione di stato. — 22. Effetti della sentenza che pronunci sull'azione predetta.

18. Richiamando le nozioni fondamentali esposte nel numero precedente intorno alle questioni di stato in genere, possiamo già dire che l'azione in reclamazione di stato legittimo è quella colla quale taluno domanda che *gli sia attribuita la qualità di figlio o discendente legittimo, di cui non si trova legalmente in possesso*, ma che pretende appartenergli per diritto. Diciamo domandarsi che sia

attribuita al reclamante *la qualità* di figlio o discendente legittimo; poichè a questo si restringe propriamente lo scopo della promossa azione, e l'oggetto vero della dichiarazione che dev'essere recata dall'invocata sentenza. Infatti se la qualità di figlio o discendente legittimo sia riconosciuta in favor dell'attore, il godimento dei vantaggi annessi a quello stato gli è attribuito direttamente per virtù della legge; al punto che da una parte non è necessario che la sentenza contenga dichiarazione espressa dell'attribuzione dello stato di legittimità a colui nel quale si pronunci esistere la qualità di figlio o discendente legittimo di un tale; e d'altro lato, quando taluno per fatti legalmente apparenti risultasse già investito di quella qualità, neppur potrebbesi far luogo (come osservammo nel numero precedente) ad una vera *azione in reclamazione di stato.*

Abbiamo aggiunto poi trattarsi di attribuire a taluno la qualità di *figlio o discendente* legittimo d'una tale altra persona: imperocchè per *invocare in nome proprio personale lo stato di legittimità*, non è necessario allegare la qualità di *figlio immediato* di colui al quale si pretende appartenere per vincolo di discendenza legittima. Se, per esempio, taluno afferma che il proprio padre legittimo, il quale fu ritenuto fino alla sua morte in uno stato di semplice filiazione naturale, fosse invece figlio legittimo di un dato individuo, è chiaro ch'egli reclama *il proprio stato* di legittimità rispetto a colui del quale si dice nipote; e l'azione ch'egli esercita non dipende da *successione nei diritti altrui*, ma da *ragione propria e diretta*, derivante dai rapporti suoi personali. Questo principio è stato rettamente inteso dai compilatori del nostro codice, nel quale infatti troviamo conceduta l'azione per la reclamazione di stato legittimo, non tanto agli *eredi* del figlio, quanto anche ai *discendenti* da lui, come risulta ad evidenza dal testo dell'art. 178: imperocchè se per concedere ai discendenti l'azione per reclamare lo stato legittimo, si fosse voluto richiedere ch'essi si presentassero nella veste di

eredi del figlio, la distinta menzione che leggesi nel detto articolo, dei discendenti dopo quella degli eredi del figlio, sarebbe stata non solo superflua, ma inopportuna. E tanto meno può dubitarsi della vera intenzione del legislatore italiano, dappoichè non certo a caso egli modificò l'espressione dei corrispondenti articoli 329 e 330 del codice Napoleone, nei quali non era fatta menzione alcuna dei discendenti, ma unicamente degli *eredi del figlio*. Dal che appunto argomentavasi dal maggior numero degli autori che " i discendenti del figlio, al quale spettasse o fosse " spettata un'azione in reclamazione di stato, non erano " ammessi nè durante la vita del figlio stesso, nè dopo la " morte di lui, ad esercitare per diritto proprio una simile " azione; ma la situazione loro era la stessa di tutti gli altri " eredi, e non potevano agire che sotto le medesime con- " dizioni di questi ultimi „ (1). Anche i citati autori, che davano questa interpretazione riguardo agli art. 329 e 330 del cod. Franc., riconoscevano bensì che dal punto di vista puramente teorico notevoli ragioni avrebbero potuto consigliare ad ammettere l'azione in reclamazione di stato in favore dei discendenti del figlio legittimo, indipendentemente dalla qualità di eredi di lui; ma osservavano che il testo del codice Francese resisteva ad una tale teoria, e che d'altra parte " la severità della legge poteva benis- " simo giustificarsi dal punto di vista dell'interesse sociale: " perchè, se si fosse conceduto ai discendenti del figlio " il diritto di esercitare per ragione loro propria e diretta " l'azione in reclamazione di stato, non sarebbevi poi " stato alcun motivo per limitarne l'esercizio ai soli di- " scendenti di primo o di secondo grado, e quest'azione, " di sua natura imprescrittibile, sarebbesi così perpetuata " di generazione in generazione, con grave pregiudizio " della tranquillità delle famiglie „.

(1) V. Demolombe, t. V, n. 303-305; Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, n° 10. — *Contra:* Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 470.

Presso noi però, il testo della legge, anzichè presentare ostacolo, è favorevole, come dimostrammo, all'esercibilità dell'azione in reclamazione di stato da parte di coloro che discendono dal figlio legittimo, ancorchè non si presentino nella qualità di eredi di lui; e ciò posto sarebbe certamente arbitraria ogni limitazione che si pretendesse di stabilire intorno al grado in cui si trovasse, rispetto al figlio legittimo, il discendente che proponesse l'azione. Molta apparenza di gravità ha veramente l'obbiezione che, ammesso ciò, ne risulterebbe — stante l'imprescrittibilità dell'azione per reclamare lo stato legittimo — che rimanesse esposta indefinitamente una famiglia a poter essere molestata con reclamazioni di stato promosse dai discendenti; ma ad attenuarne l'importanza stanno le considerazioni che dall'articolo 177 l'azione per reclamare lo stato legittimo è dichiarata *imprescrittibile riguardo al figlio*, e non riguardo agli eredi od ai discendenti di lui; e che, d'altronde, a tenore dell'altro art. 178, l'azione per reclamazione di stato legittimo " non può essere promossa dagli eredi o " discendenti del figlio, il quale non abbia reclamato, se " non nel caso in cui fosse morto in età minore, o nei " cinque anni dopo la sua maggiore età „. Non essendo estesa ai discendenti la imprescrittibilità che l'art. 177 ha proclamato eccezionalmente, *in riguardo al solo figlio*, ne deriva pertanto che a quelli rimanga opponibile, per la regola generale dell'art. 2135, la prescrizione ordinaria di 30 anni; la cui decorrenza però sarebbe computabile dal giorno in cui fosse avvenuta la morte del figlio, che senza avere proposta la reclamazione del suo stato legittimo, fosse mancato ai vivi in età minore o nei cinque anni dopo la sua maggior età; perchè solamente dopo quel giorno hanno potuto i discendenti intentare per diritto proprio l'azione, della quale così sembra rimosso il temuto pericolo ch'essa " si perpetuasse a detrimento del riposo della " famiglia „, come dissero *Aubry e Rau*.

Abbiamo accennato, che coll'azione in reclamazione si

chiede che sia attribuita all'attore la qualità di figlio o discendente legittimo *della quale egli non si trovi legalmente in possesso;* il che si riferisce appunto al principio fondamentale, poco innanzi richiamato, che la predetta azione non può essere esercibile se non da chi *non possegga nè di fatto nè di diritto lo stato invocato.* Da ciò deriva, come già abbiam notato, che quando taluno apparisca dall'atto di sua nascita iscritto sui registri dello stato civile, come nato da donna maritata, dovendosi egli riputare come costituito *di diritto* in possesso dello stato di figlio legittimo del marito di quella donna la cui maternità rispetto a lui è accertata, non potrà esservi materia ad un'*azione in reclamazione dello stato* legittimo; nè come tale potrebbesi propriamente qualificar quella ch'egli intentasse allo scopo di procurarsi i vantaggi attinenti al detto stato, dei quali non si trovasse realmente in possesso.

L'azione in reclamazione può avere per fondamento o l'interesse morale e giuridico, generalmente inerente allo stato personale in sè stesso, ovvero anche uno speciale interesse pecuniario. Nel primo caso è perfettamente indifferente che si aggiunga o no uno speciale interesse pecuniario: chè a giustificare l'esercizio dell'azione basta bene l'interesse che ognuno ha a rivendicare il proprio stato personale, la propria appartenenza legittima ad una famiglia; e se con questo interesse ne concorra anche uno speciale pecuniario, come sarebbe quello d'un diritto di successione, esso non risguarda però che una particolare applicazione degli effetti civili dello stato personale, sicchè rientra naturalmente e si confonde nell'interesse generale predominante di quello stato considerato in sè stesso e facendo astrazione dalle sue peculiari applicazioni.

Da questi principii traggonsi agevolmente conseguenze importanti e decisive per molti e gravi punti delle teorie concernenti questa materia.

È ovvio, innanzi tutto, che quando chi esercita l'azione in reclamazione lo faccia per lo stesso stato proprio, come

figlio o discendente legittimo di colui alla cui famiglia vuol essere dichiarato appartenente, non gli si potrà mai obbiettare la mancanza nè l'avvenuta cessazione d'uno speciale interesse pecuniario. In amendue i casi resta sempre l'interesse giuridico inerente alla reclamazione dello stato proprio, la quale, se anche non le ha attualmente, può presentare eventualmente in futuro applicazioni pratiche d'interesse anche pecuniario; il che basta. E se ciò che costituiva eziandio un tale particolare interesse sia scomparso, per effetto di prescrizione estintiva o di rinunzia o per altra causa, non può però derivarne l'estinzione della azione in reclamazione di stato, fondata sopra un interesse più generale e prevalente.

Questo interesse morale è *strettamente inerente alla persona* a cui riguarda lo stato che si reclama. Dee seguirne pertanto che una somigliante *personalità* caratterizzi pure l'azione che su quell'interesse si fonda. E da ciò deriverà ulteriormente che, considerata in quest'aspetto, l'azione sia *inalienabile* e *intrasmissibile;* non suscettiva quindi di esser oggetto di convenzione privata, di rinunzia, di transazione (il che del resto è comune a tutte generalmente le *azioni di stato*), nè suscettiva d'essere esercitata da altri come *aventi-causa* di colui al quale personalmente appartiene, come sarebbero, fra gli altri, i creditori di lui (articolo 1234 cod. civ.).

Un'altra conseguenza degli stessi principii è ancora quella dell'imprescrittibilità dell'azione predetta riguardata per sè stessa; imperocchè la *prescrizione estintiva* dovrebbe fondarsi sulla presunzione legale di una tacita rinunzia al proprio diritto, o d'un tacito riconoscimento della inesistenza di esso, epperò non può avere applicazione ad una materia nella quale è inammissibile qualunque rinunzia, convenzione, o riconoscimento avente efficacia civile.

Ora volgiamoci a considerare il caso che l'interesse, sul quale si fondi l'esercizio dell'azione, non sia quello generalmente inerente allo stato personale considerato di

per sè, ma sia uno speciale interesse pecuniario, dipendente bensì dall'applicazione degli effetti civili di quello stato; ad esempio per diritti di successione. Ci troveremo a fronte di teorie ben diverse, o piuttosto opposte alle precedenti. Noi prescindiamo ora dall'ipotesi che amendue quelle specie d'interesse concorrano; per la quale ipotesi abbiam già accennato come lo speciale interesse pecuniario che dia moto all'azione, sia vinto da quell'interesse morale e giuridico che è proprio della reclamazione di stato in sè stessa, e che allora devesi considerare prevalente; e come, tuttavia, ciò che forma materia dello speciale interesse pecuniario non abbia a subire un predominio assoluto dell'indole giuridica della quistione di stato da cui dipende, tanto da perdere i caratteri e gli effetti giuridici proprii, mentre al contrario deve conservarli illesi. Così, per esempio, l'imprescrittibilità che è propria della quistione di stato, non impedirebbe che si estinguesse colla prescrizione l'azione per domandare un diritto di successione dipendente da quello stato. Del pari, non ostante che l'azione di stato non sia suscettibile di rinunzia, questa però potrebbe avere piena efficacia in ordine ad un diritto successorio derivato dal detto stato legittimo. Così pure, la esclusiva *personalità*, e la conseguente *intrasmissibilità*, *dell'azione di stato*, non toglierebbe che colui al quale essa compete potesse trasmettere ad altri, per successione ereditaria, per cessione o per altro titolo legittimo, un diritto pecuniario collegato a quello stato.

Qui però consideriamo l'azione, in occasione della quale si fa luogo a discutere sullo stato personale, come *fondata unicamente sopra un semplice interesse pecuniario*; il che val quanto dire che supponiamo quell'azione come esercitata, non dal figlio o dal discendente che reclami il proprio stato di legittimità, ma da altri, quali sarebbero gli *eredi* od i *creditori* od altri aventi-causa del figlio o discendente medesimo. Facciamo così un primo passo nella discussione gravissima che riguarda le persone dalle quali l'azione in

reclamazione di stato legittimo possa essere esercitata; senza però voler per ora esaurire questo difficile argomento, che riserbiamo pel numero successivo, limitandoci frattanto alla semplice esposizione di qualche principio generale che sembraci dover poi servire di guida in quella discussione stessa. Ora dunque chiediamo: *il semplice interesse pecuniario potrà bastare a dar fondamento ad un'azione connessa alla quistione di stato legittimo?* Notinsi i termini in cui abbiamo posto il quesito. Qualora si domandasse se un interesse pecuniario basti per dar fondamento a *reclamare il proprio stato legittimo*, la risposta dovrebbe fuor di dubbio essere negativa; o piuttosto sarebbe perfino contraddittorio nei termini il supporre un interesse esclusivamente pecuniario per un'azione nell'esercizio della quale è principalmente impegnato l'interesse morale di chi reclama il proprio stato. Ma noi supponiamo adesso che l'oggetto dell'azione non sia veramente la dichiarazione dello stato legittimo, ma altro oggetto d'interesse puramente pecuniario, e che la questione di stato non apparisca fuorchè per appoggiare quella domanda, per dimostrarne il fondamento in diritto; come se si trattasse di reclamare in rappresentanza del proprio autore o del proprio debitore un diritto di successione, pel quale fosse necessario provare che esistesse in lui la qualità di figlio legittimo d'una data persona. Ora, posto il quesito in questi termini, ci sembra doversi in massima scioglierlo nel senso affermativo. La natura dell'interesse, necessario per dar vita ad un'azione, devesi naturalmente determinare *in relazione all' oggetto* dell'azione medesima; e l'oggetto proprio dell'azione essendo nella nostra ipotesi d'interesse puramente pecuniario, questo interesse deve quindi essere sufficiente. La circostanza speciale che per dimostrare il fondamento giuridico del diritto reclamato sia necessario provare che la persona da cui quel diritto si pretende derivato godesse d'un certo stato personale, come non cangia punto l'oggetto dell'azione, così non può nemmeno influire a rendere

necessario un interesse di natura diversa. Diciamo che l'oggetto dell'azione non è, per la circostanza predetta, cangiato punto. Non si tratta infatti di *attribuire lo stato legittimo*, ma solo di *far dichiarare esistente il diritto pecuniario* pel quale si agisce; e lo stato della persona, da cui quel diritto si afferma essere derivato al reclamante, è addotto unicamente come elemento giuridico concorrente a costituire la legittimità del diritto medesimo. La sentenza che pronuncierà su questa contestazione, non produrrà, i suoi effetti relativamente allo stato personale di cui si discusse incidentemente, ma li produrrà solo in relazione al diritto pecuniario controverso, nè farà considerare come verità giuridica assoluta l'esistenza di quello stato per tutti gli effetti civili che possono derivarne, ma solo ristrettamente alla specialità dell'oggetto d'interesse pecuniario che fu in contestazione; cosicchè *non costituirà cosa giudicata rispetto alla quistione di stato* che in seguito si promuovesse in modo principale, e *neppure rispetto ad altri oggetti d'interesse parimente pecuniario e connessi alla stessa quistione di stato*, che appresso si ponessero in controversia.

Tutto ciò sembra dunque dimostrare a sufficienza il proposto principio, che *per dar fondamento ad una azione avente un oggetto d'interesse pecuniario, può bastare questo interesse, sebbene l'azione predetta sia connessa ad una quistione di stato.*

Ciò premesso, si manifesta però facilmente quanto debbano differire i caratteri d'una tale azione, da quelli della vera reclamazione di stato che abbiamo sopra dimostrati. Se manchi o sia cessato, per prescrizione estintiva o per altra causa, ciò che costituirebbe l'oggetto dell'interesse pecuniario che dava fondamento all'azione, questa pure sarà inesercibile, e conseguentemente non potrà più presentarsi da questa parte la questione di stato, che unicamente come appoggio di quell'azione era proponibile. Trattandosi d'un interesse *pecuniario* sul quale l'azione si

suppone fondata, ne deriverà ch'essa non debba considerarsi come *esclusivamente inerente alla persona*, nè come *inalienabile* e *intrasmissibile*, ma che invece possa essere oggetto di privata convenzione, di rinunzia, di transazione, e possa essere esercitata anche dagli *aventi-causa*, e fra essi anche dai *creditori* di colui al quale principalmente apparterrebbe; ne deriverà parimente ch'essa sia suscettibile d'essere estinta col mezzo della *prescrizione*.

Ad esaurire questa parte delle nozioni preliminari, converrebbe parlare dei casi speciali diversi in cui può farsi luogo alla reclamazione di stato legittimo. Ma poichè tale argomento si lega intimamente a quello delle prove della filiazione legittima, riserberemo il trattarne alla corrispondente sezione, limitandoci in questa, secondo il proposito nostro, alla semplice esposizione di principi igenerali.

19. Dalle teorie dimostrate nel numero precedente si traggono gli elementi per determinare quali debbano essere le persone da cui si possa esercitare l'azione in reclamazione di stato legittimo. Intorno al quale argomento l'articolo 178 del codice civile reca la disposizione seguente:

“ La detta azione (per reclamare lo stato legittimo) non
“ può essere promossa dagli *eredi o discendenti del figlio*,
“ il quale non abbia reclamato, se non nel caso in cui
“ fosse morto in età minore o nei cinque anni dopo la sua
“ maggiore età.

“ Quando l'azione fu promossa dal figlio, può essere
“ proseguita dagli eredi o discendenti, se non vi fu recesso
“ nè perenzione d'istanza „.

Da questo testo si desume in primo luogo, che le persone alle quali è *direttamente* attribuita la facoltà di esercitare l'azione in reclamazione di stato, sono il *figlio*, gli *eredi* di lui, *i discendenti*. E ciò concorda perfettamente colle teorie surricordate; le quali offrono eziandio gli elementi per distinguere la diversa specie d'interesse su cui

è basata quell'azione, secondo che essa sia esercitata dall'una o dall'altra di quelle persone.

Se sia promossa dal figlio o dai discendenti di lui, prevale, come già osservammo, in quell'azione l'*interesse morale*, evidentemente impegnato nella rivendicazione che coloro fanno del proprio *stato personale*, della propria appartenenza a quella famiglia da cui si pretendono derivati per legittima filiazione. Ciò è vero sempre, quand'anche si tratti non del figlio ma dei discendenti da lui; i quali non hanno bisogno di agire *in rappresentanza del figlio* per rivendicare la propria discendenza legittima da una determinata persona, ma possono farlo direttamente *in nome proprio*, per l'interesse morale che vi hanno personalmente, non meno del figlio immediato, e quand'anche alla successione di costui non avessero diritto o vi avessero rinunziato, sicchè non potessero rappresentarlo. Vero è bene che quando il reclamante sia un discendente, non può egli attaccarsi allo stipite da cui si pretende derivato legittimamente, se non col mezzo del *figlio immediato;* sicchè reclamando il proprio stato legittimo deve necessariamente invocarne come base imprescindibile lo stato pure legittimo del figlio immediato di colui dal quale pretende di essere proceduto per legittima discendenza. E questa osservazione, per quanto ovvia, è importante a ricordarsi, giacchè porge pronta spiegazione di qualche grave massima di cui dovremo più innanzi occuparci. Ma, ciò non ostante, è pur certo che anche il discendente ha personalmente un interesse morale e quindi un'azione propria e diretta, per reclamare la legittimità della propria procedenza da una determinata persona, ancor quando non possa o non voglia agire in rappresentanza del figlio immediato di quella persona.

Se invece l'azione in reclamazione di stato sia intentata da *eredi*, non *discendenti*, del figlio immediato di colui dal quale si pretende di procedere legittimamente, l'interesse che dà fondamento a quell'azione non può essere che *pecu-*

niario. “ Una eredità (disse, coll'usata energica concisione
“ del suo stile, il *Marcadé*) non è che il complesso dei diritti
“ pecuniari lasciati da un defunto; ed è unicamente sotto
“ il rapporto pecuniario che l'erede rappresenta il defunto
“ e succede nei suoi diritti e nelle sue obbligazioni. L'azione
“ in reclamazione di stato non si trasmette dunque agli
“ eredi se non come *azione pecuniaria, e in quanto si tratti*
“ *d'interesse di danaro* „ (1).

Determinata così la natura dell'interesse da cui muove l'azione, sappiamo già, per le cose esposte nel numero precedente, quali sarebbero i principii teorici che dovrebbero regolare l'esercizio dell'azione stessa da parte del figlio o dei discendenti da lui, e da parte dei suoi eredi. Ma questi principii sono essi stati accolti senza modificazioni dalla nostra legge positiva? È una ricerca a cui ora ci accingeremo esaminando separatamente ciò che riguarda il figlio, i discendenti, gli eredi di lui.

19 *bis*, I. Dimostrammo che l'azione appartenente *al figlio*, per far dichiarare il proprio stato legittimo, devesi considerare in teoria come *esclusivamente inerente alla persona* di lui, come *inalienabile* e *intrasmissibile*, come *non soggetta a prescrizione* estintiva. L'*imprescrittibilità* è espressamente riconosciuta nell'art. 177 cod. civ., e ne parleremo sotto altro numero.

Quanto al non essere trasmissibile quell'azione, vero è che la nostra legislazione ne concede l'esercizio anche agli *eredi del figlio;* ma con ciò non contraddice punto all'esposto principio, poichè quella trasmissione non si opera, come già abbiamo notato, fuorchè *pei rapporti meramente pecuniari*, ed in quanto trovisi compreso nella eredità qualche speciale diritto di questa natura, che si appoggi alla *quistione di stato* e ne dipenda. E la stessa ragione che fa luogo qui all'azione di reclamazione di stato in pro degli eredi,

---

(1) V. Marcadé, art. 328-330, § II, t. II, n 40.

deve rendere allegabile parimente la legittimità del figlio dagli *aventi causa* di lui, per farne appoggio all'esercizio di *speciali diritti pecuniari* che dal figlio medesimo siano stati loro trasmessi. Così il cessionario di un'eredità potrebbe addurre e provare utilmente lo stato legittimo del cedente, per sostenere l'azione ch'egli avesse intentata esercitando, nella sua qualità di cessionario, il diritto di eredità. Quello solo che nè agli *aventi causa* del figlio, nè agli stessi *eredi* di lui, come tali, potrebb'essere mai concesso, sarebbe di esercitare la reclamazione di stato come azione *d'interesse morale* e senza che esistessero *speciali diritti pecuniari dipendenti dalla legittimità del loro autore.*

Le dottrine ora richiamate rispondono anche all'altro punto dell'alienabilità o non del diritto di reclamazione di stato; dovendosi ritenere, come si disse, che assolutamente inalienabile (e quindi non suscettibile di rinunzia, di transazione o d'altra convenzione qualunque) sia quel diritto in sè stesso e nei rapporti dell'interesse morale che lo renda esercibile, ma che all'opposto ben possa essere alienabile un *diritto pecuniario* che dalla questione di stato dipenda, ed allora resti investito chi lo acquista, non veramente dell'*azione in reclamazione di stato*, ma del potere di far valere il diritto pecuniario trasmessogli, appoggiandolo alla dimostrazione della legittimità dello stato del proprio autore.

Abbiam riserbato per ultimo l'esaminare in qual modo la nostra legge applichi il principio generale che l'azione in reclamazione di stato appartenente al figlio debbasi considerare come *esclusivamente personale* a lui. Intorno a che ci proponiamo di studiare principalmente due punti, cioè: *se quell'azione sia da considerarsi come esclusivamente inerente alla persona del figlio, durante la vita di lui, anche a fronte degli ulteriori discendenti;* e se quella esclusiva personalità tolga che *l'azione predetta possa essere esercitata in nome del figlio dai suoi creditori.*

a) Il primo dei proposti quesiti ha una manifesta attinenza colle teorie risguardanti l'azione in reclamazione di

stato spettante ai discendenti; teorie che esporremo più innanzi, e sulle quali non sarebbe ora opportuno l'anticipare. Ma come sarebbe qui fuor di luogo il parlare dell'influenza che sui caratteri e sugli effetti dell'azione dei discendenti possa esercitare la relazione ch'essa ha con quella appartenente prima al figlio; altrettanto è logico il completare la dottrina riguardante l'azione del figlio, coll'esaminare se la *personalità*, che è carattere proprio di questa azione, abbia ad estendere gli effetti suoi fino al punto di impedire che, durante la vita del figlio, nessun altro, sia pure un ulterior discendente, possa intraprendere l'esercizio di tale azione.

Questo punto poteva essere gravemente controvertibile nel diritto francese e non mancarono infatti alcune autorevoli opinioni nel senso che trattandosi pei discendenti, come pel figlio stesso, d'una *vera azione in reclamazione del proprio stato legittimo*, fondata non sopra un semplice interesse pecuniario, ma sull'interesse morale inerente appunto allo stato personale in sè stesso, fosse da dedursene, fra le altre conseguenze, che i discendenti potessero esercitare quell'azione anche durante la vita del figlio immediato a malgrado di lui, salvo il doverlo chiamare in causa; tanto più che sarebbesi così tolto l'inconveniente di permettere al figlio di sacrificare per sola sua volontà lo stato personale, i diritti di famiglia, dei proprii discendenti (1). Ma gli altri autori, in generale, benchè riconoscessero essere una tale teoria *molto seria*, e tanto da parere anzi la *più giuridica e più conforme ai veri principii*, avvisarono però che non fosse consacrata dal codice civile Francese. Ciò deducevano da vari argomenti di testo, e principalmente dal non essere in quel codice designati distintamente i *discendenti*, fra le persone alle quali concedevasi l'azione in reclamazione di stato, ma dall'essere essi invece com-

(1) V. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 470; Marcadé, art. 328-330, § III, t. II, n. 43.

presi sotto la *generica denominazione di eredi;* dal che traevano che solamente *dopo la morte del figlio*, e purchè vestissero la *qualità di eredi di lui*, potessero i discendenti esercitar quell'azione (1). Quest'ultimo argomento, che pareva il principale, non potrebbesi certamente addurre sotto il codice nostro, che fra le persone a cui concede l'esercizio dell'azione in reclamazione annovera i *discendenti* distintamente dagli *eredi*, prescindendo così dalla condizione ch'essi vestano quest'ultima qualità. Pure nella dottrina nostra si ammette senza difficoltà la massima che, *durante la vita del figlio, l'azione in reclamazione di stato legittimo non competa che a lui, nè possa essere esercitata dai suoi discendenti* (2). E veramente il testo del nostro art. 178 sembra stabilire abbastanza chiaramente questa regola; poichè parla contemporaneamente *degli eredi e dei discendenti del figlio*, e questi e quelli sottopone ad identiche norme quanto all'esercizio, ch'essi vogliano fare, dell'azione in reclamazione di stato; tanto per gli uni quanto per gli altri suppone che *il figlio non abbia reclamato*, condizione questa la quale non potrebbe dirsi verificata se non dopo la morte del figlio stesso; e pel caso in cui egli abbia promossa l'azione in reclamazione, ammette sì i discendenti che gli eredi a *proseguirla dopo la morte del figlio*, purchè non siavi stato recesso nè perenzione d'istanza; in fine esige ancora come altra condizione dell'esercibilità dell'azione, la quale vogliasi promuovere dagli eredi o dai discendenti del figlio, ch'egli *sia morto in età minore* o *nei cinque anni dopo la sua maggiore età*. Ma questa regola, che si dimostra così conforme al testo della legge, è poi altrettanto facilmente giustificabile in teoria? L'illustre cons. *Borsari* ne ha data la spiegazione in questo modo: “ Finchè vive (egli ha detto) “ la persona privata del suo stato legittimo, essa soltanto

(1) V. Demolombe, t. V, n. 303, 304; Demante, *Cours analyt.*, t. II, n. 55 *bis*, VI; Laurent, t. III, n. 468, pag. 587-589.

(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 177, vol. I, § 436, pag. 669; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, L. I, n. 483.

“ ha il dominio dell’azione, e non vi ha chi possa rappre-
“ sentarla per rivendicare, malgrado suo, il diritto; perchè
“ ognuno è arbitro e libero dispositore della sua proprietà „.
Ma, quanto ai discendenti, parrebbe potersi fare a questa obbiezione una facile risposta. Colui che si pretende discendente legittimo d’un tale, è egli stesso una *persona privata del suo stato legittimo*, poichè è appunto lo *stato personale proprio*, la propria legittimità, il *proprio diritto di famiglia* ch’egli reclama. Perchè dunque non si accorda a lui pure il *dominio della propria azione* come al figlio immediato per la sua? Perchè il concorso dell’azione del figlio con quella del discendente, riduce questa a dover cedere all’altra, e non lascia a ciascuna delle persone a cui l’azione distintamente compete, il *libero arbitrio*, la libera disposizione dell’azione propria? È pur conforme alla ragion comune che quando una stessa azione sia attribuita separatamente a più persone, ognuna di esse abbia perfettamente libera la facoltà di esercitare o non esercitare quell’azione, senza dipendere, senza essere subordinata alla volontà altrui! Perchè dunque si è voluto derogare a questo principio generale di diritto? La ragione della differenza sembra però dimostrata da quella specialità di carattere che già abbiamo rilevata nell’azione di reclamazione di stato, in quanto essa si eserciti, non dal figlio immediato, ma da un discendente. Osservammo infatti che questi, non potendo congiungersi all’ascendente da cui si pretende legittimamente derivato, se non col mezzo dei proprii ascendenti intermedi, fino al figlio immediato di quella persona, così, reclamando lo stato legittimo proprio, egli viene necessariamente ad invocarne, come base imprescindibile, lo stato pure legittimo di quel figlio stesso immediato. Ora non potendo il discendente costringere l’ascendente proprio ad esercitare contro sua volontà l’azione in reclamazione di stato legittimo, nè d’altra parte potendosi ammettere che si reputi legittima la discendenza senza che tale sia la filiazione immediata, deve seguirne naturalmente che

l'azione in reclamazione di stato legittimo sia subordinata, innanzi tutto, durante la vita del figlio, alla volontà di lui. Il discendente che viene in qualche modo a rappresentare il proprio genitore od ascendente, quando invoca lo stato legittimo di lui come fondamento della legittimità propria, non potrebbe farlo in opposizione alla volontà dello stesso genitore od ascendente suo, ancora vivente.

b) Più difficile è il secondo quesito. L'art. 1234 codice civile dichiara che " I creditori, pel conseguimento di quanto " è loro dovuto, *possono esercitare tutti i diritti e tutte le " azioni del debitore, eccettuati quei diritti che sono esclusi- " vamente inerenti alla persona del debitore* „. È questa una conseguenza della massima di ragione enunciata nell'articolo 1949 che " I beni del debitore sono la garanzia comune " dei suoi creditori „. Or dunque la domanda che si fa è la seguente: l'azione in reclamazione di stato è essa da annoverarsi fra quelle così *esclusivamente inerenti alla persona del debitore*, che i creditori non possano in nome di lui esercitarla? Non è nuova questa disputa. Essa fu già promossa nella dottrina francese. Il maggior numero degli autori sta per l'avviso che i creditori possano esercitare, in nome del loro debitore, l'azione in reclamazione di stato *quando la loro domanda abbia per oggetto di appoggiare un'altra domanda che presenti un interesse pecuniario ed attuale* (1); ma altri professava l'opinione contraria, fondandosi nel considerare che l'azione in reclamazione di stato non ha mai per oggetto *immediato e diretto* un interesse apprezzabile pecuniariamente (2).

Il *Demante* opinava potersi dai creditori del figlio invocare la regola dell'art. 1166 codice Francese (1234 codice Italiano) per esercitare l'azione di reclamazione dello stato

---

(1) V. Merlin, *Quest.*, v°. *Hypothèque*, § 4, n. 4; Toullier, t. VI, n. 372; Valette sur Proudhon, chap. I, sect. VI, pag. 122 *a*); Zachariae, § 32, n. 1, § 547 *bis*, 1ª, n. 2; Marcadé, art. 1166, § II; Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, nª 11; Laurent, t. III, n. 470, pag. 590-592.

(2) V. Duranton, t. III, n. 160, t. X, n. 553.

legittimo spettante al loro debitore, qualora questi fosse già *morto in età minore o nei cinque anni dopo la sua maggiore età:* perchè, in tal caso, l'azione predetta sarebbe esercibile dagli eredi del figlio, secondo il disposto dell'articolo 329 codice Francese (178 codice Italiano); e però il diritto accordato agli eredi non potrebb'essere, senza incoerenza, " negato ai creditori „. Ma, proseguiva l'autore, finchè il figlio vive, l'azione in reclamazione di stato a lui competente ha fondamento in un interesse d'ordine morale superiore, che assorbe qualunque interesse pecuniario possa esservi annesso, e che deve perciò esso solo servire a determinare il carattere essenzialmente ed esclusivamente personale dell'azione. " Evidentemente, soggiungeva egli, " questo carattere di personalità esclusiva non potrebbe " più essere negato dal momento in cui fossero compiti i " cinque anni dopo la maggiore età del figlio, poichè da " quel momento non sarebbevi più la possibilità della " trasmissione: come mai pertanto non avrebbesi a rico- " noscerlo fin dai primi anni di vita del figlio, perfino a " che la morte di lui verificandosi in tempo utile, avesse " dato una esistenza propria all'azione di puro interesse " pecuniario riservata agli eredi dagli art. 329 e 330, la " sola che, a tale titolo, possa ricevere l'applicazione del " principio stabilito dall'art. 1166? „.

Conchiudeva perciò che " i creditori, finchè dura la vita " del figlio, loro debitore, non possono, come aventi causa " da lui, esercitare l'azione in reclamazione di stato... „ (1).

Il *Demolombe*, seguendo la sua inclinazione a tentare, nelle grandi questioni, una via di conciliazione tra gli opposti partiti, distingueva diversi casi. Negava assolutamente l'azione in reclamazione di stato ai creditori del figlio, allorchè non la presentassero appoggiata ad alcun interesse pecuniario attuale. Nell'ipotesi contraria, suddistingueva *la forma* sotto cui l'azione fosse proposta dai creditori; e

---

(1) V. Demante, *Cours analyt. de code civ.*, t. II, n. 55 *bis*, VII.

ritenendola assolutamente irricevibile quando fosse presentata in forma di vera e diretta azione in reclamazione di stato (fosse pure in occasione di un'altra azione promossa in petizione d'eredità o per altro oggetto d'interesse pecuniario) avvisava che, quando invece l'azione diretta fosse d'interesse pecuniario, e solo incidentalmente si facesse valere la reclamazione di stato, dovesse suddistinguersi di nuovo, ritenendo inammissibile la questione di stato se *fosse sollevata direttamente con conclusioni positive*, sicchè la sentenza da emanarsi dovesse farne oggetto del proprio *dispositivo;* ma che se all'opposto *la questione di filiazione del debitore non fosse proposta dai creditori fuorchè come un mezzo in appoggio della domanda in petizione d'eredità, o dai loro avversari come un mezzo per difendersi contro tale domanda, senz'alcuna conclusione speciale, nè dall'una nè dall'altra parte, sulla questione stessa di stato, i creditori avessero allora il diritto di discutere questo, come ogni altro mezzo* delle *domande da* loro *accampate giudizialmente* (1).

Anche sotto il codice Italiano si è manifestata una simile divisione di pareri. E mentre vi è chi segue l'avviso della maggioranza degli autori francesi (2), altri, al contrario, preferisce l'opinione del *Duranton* (3).

Accennati così in breve i vari concetti manifestatisi in questo importante argomento, ci occorre di dover richiamare una parte preliminare della questione che prima d'ora avemmo occasione di esporre. Vedemmo come un interesse pecuniario possa essere bastante a dar fondamento ad una azione corrispondente, sebbene tale azione sia *connessa ad una questione di stato.* E se questo è, come ci parve, dimostrato, dovrà seguirne che i creditori del figlio, il quale non sia in possesso dello stato legittimo che per diritto dovrebbe appartenergli, avendo interesse a far valere i

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 282-284.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, L. I, n. 483, pag. 332.
(3) V. Borsari, *Comm.*, vol. I, § 430, pag. 669, 670.

diritti pecuniari, per esempio di successione, che pel loro debitore dipendano dallo stato legittimo di lui, possano esercitare in suo nome, ed a termini dell'art. 1234, tali diritti; sebbene, per dimostrarli fondati, abbiano bisogno di provare quella legittimità di stato del debitore stesso. Nè può valere l'obbiezione che l'art. 1234 eccettua espressamente e giustamente dall'esercibilità per parte dei creditori, quelle *azioni che siano esclusivamente inerenti alla persona del debitore*, e che fra esse devesi classificare anche quella in *reclamazione di stato*. L'obbiezione sarebbe fondata se si trattasse di *vera azione in reclamazione di stato*, cioè di far dichiarare attribuita al debitore la *qualità di figlio legittimo*. Ma qui non si tratta di ciò, sibbene solo di *far dichiarare esistente un diritto pecuniario*, per esempio di successione, quantunque lo stato legittimo del debitore in cui nome si agisce costituisca un elemento giuridico necessario a base di quel diritto. Ed è tanto vero che l'azione riguarda qui soltanto a quel particolare oggetto pecuniario, il quale perciò non può dar motivo a considerare l'azione stessa come *esclusivamente personale*, che, come già osservammo, la sentenza la quale venga pronunciata avrà autorità di cosa giudicata solo relativamente allo stesso oggetto pecuniario che fu in contestazione; ma non farebbe stato, neppure tra le parti stesse relativamente ad altri oggetti d'interesse parimente pecuniario e connesso alla medesima questione di stato, che in seguito cadessero in controversia; molto meno poi avrebbe autorità di cosa giudicata relativamente alla vera azione in reclamazione di stato legittimo che più tardi venisse promossa in modo principale.

L'illustre nostro cons. *Borsari* combattè questa dottrina con alcune osservazioni, le quali, se ci provano una volta di più l'ingegno e la profondità di dottrina per cui si distingueva, non sembrano però decisive.

" Non sussiste in diritto (egli disse) che la *finalità del-*
" *l'azione* essendo un interesse materiale, si possa aprire
" la contestazione sul *diritto personale*, considerandola come

" un *mezzo* ed una via che si deve necessariamente per-
" correre per arrivare al soddisfacimento del credito. Altri-
" menti si renderebbe illusoria e senza scopo la riserva
" dell'art. 1234 „. D'altronde il diritto di stato personale non può considerarsi tra i beni del debitore sui quali il creditore ha potuto calcolare per sua garanzia; epperò non può egli trascinare a suo malgrado il debitore nella lotta di diritti personali inalienabili.

Queste considerazioni vestono un'apparenza di forza grande; la quale però si fonda tutta, a veder nostro, sopra un erroneo punto di partenza nell'argomentazione. In essa infatti si suppone che i creditori esercitino, in nome del loro debitore, *la vera azione in reclamazione di stato*, e di questa poi si servano come di *mezzo* per far valere un diritto pecuniario. Ma all'opposto essi non esercitano che un *diritto pecuniario;* e lo stato personale del loro debitore non reclamano, ma solo lo dimostrano come elemento giuridico costitutivo dell'invocato diritto pecuniario stesso. Che val dunque l'osservare che il diritto di stato personale non potrebbe essere contato dai creditori tra i beni vincolati a loro garanzia, se non è quello stato personale che forma l'oggetto vero dell'azione dai creditori stessi intentata, ma è invece un diritto pecuniario, il quale certamente comprendevasi tra i beni su cui il creditore poteva confidare pel soddisfacimento dei suoi diritti? Che vale il dire non potersi, per la *finalità dell'azione*, consistente in un interesse materiale, trasmutare in un diritto esercibile dai creditori lo stato personale del debitore, se non è solo il risultamento ultimo a cui tende l'esercizio dell'azione, ma l'*oggetto vero, immediato e diretto* di essa che è costituito da un semplice interesse pecuniario? Nè poi è giusto l'obbiettare che ammettendo potersi reclamare dai creditori un diritto pecuniario connesso allo stato personale del loro debitore, verrebbesi a rendere illusoria la riserva fatta dall'articolo 1234 pei diritti *esclusivamente inerenti alla persona del debitore*, dei quali si nega l'esercibilità ai creditori;

imperciocchè non mancano diritti d'*oggetto pecuniario*, i quali tuttavia sono da reputarsi *esclusivamente inerenti alla persona* del debitore, epperò non esercibili dai creditori; come sarebbero i diritti di *uso e di abitazione*.

La trasmissibilità dell'azione in reclamazione di stato agli eredi (aggiunge il lodato autore) non porge argomento sufficiente per indurne una somigliante trasmissibilità a favore dei creditori del figlio. L'art. 178 ha potuto, per motivi sommamente apprezzabili, " protrarre l'azione, " comunicandola agli eredi, *senza alterarne la natura, con-* " *siderando* gli eredi come *la persona stessa del figlio*..... " Ma con quante restrizioni lo ha fatto, con quante cautele " per limitare negli eredi questo medesimo esercizio! „. D'altronde " il procedere degli eredi è in senso *adesivo e* " *famulativo*, non in senso di opposizione e di contrasto „ come sarebbe dell'azione che si accordasse ai creditori del figlio.

Si può rispondere che l'azione, come passa agli eredi, non conserva veramente gli stessi caratteri che aveva presso il figlio; ma *cangia natura*, poichè mentre pel figlio fondavasi sopra un interesse principalmente *morale*, presso gli *eredi* invece diventa un'*azione esclusivamente pecuniaria*, da non potersi esercitare fuorchè per ragione di particolari diritti appunto pecuniari, che siensi già aperti a profitto del figlio prima della sua morte (1). Cosicchè può dirsi con verità che l'azione in reclamazione di stato, come spettava al figlio e coi caratteri che aveva presso di lui, cessa colla vita del figlio stesso; a meno che sopravvivano ulteriori *discendenti*, ai quali allora passa l'azione in reclamazione di stato con natura veramente identica a quella che aveva presso il figlio medesimo. Ora appunto questo carattere di azione *meramente pecuniaria* che assume quella in reclamazione di stato allorchè dal figlio passa agli *eredi* (*non*

---

(1) V. Proudhon, t. II, chap. I, sect. VI, pag. 118; Marcadé, art. 328-330, § II, t. II, n. 40; Demolombe, t. V, n. 299.

discendenti) di lui, conforta maggiormente a ritenere che sotto lo stesso aspetto di diritto pecuniario possa esercitarsi dai creditori, non propriamente l'azione in reclamazione di stato pel debitore, ma una petizione d'eredità od altra azione parimente pecuniaria che alla questione di stato sia connessa. Nè poi sembra esatto l'affermare che per tal modo vengasi ad ammettere un'azione di stato *in opposizione e contrasto colla volontà della persona a cui quello stato apparterrebbe;* poichè trattandosi pei creditori unicamente di esercitare un'azione avente *oggetto pecuniario*, se opposizione o contrasto vi sia, sarà unicamente in quanto concerne l'esercizio di un diritto appunto pecuniario, il che è conforme alla disposizione dell'art. 1234; non sarà mai per ciò che riguarda lo stato personale, non pretendendosi punto di far rivestire contro sua voglia al figlio la qualità di legittimo, ma solo di rivendicare al patrimonio di lui un bene particolare, dimostrando che vi ha diritto in forza d'una qualità ch'egli si ostina a non voler reclamare.

Secondo la teoria del *Demante*, il potersi dai creditori reclamare lo stato legittimo del loro debitore, dovrebbe dipendere da quelle stesse norme che regolano la trasmissibilità d'una tale azione dal figlio agli eredi di lui. Posto ciò, ne deriverebbe senz'altro e indubitabilmente quello che l'autore afferma come risultamento e conclusione delle sue argomentazioni, che cioè “ i creditori non potrebbero durante la vita del debitore, esercitare l'azione in reclamazione di stato „ poichè di trasmissione d'una simile azione agli eredi non è possibile parlare prima che sia avvenuta la morte del loro autore. Ma reggesi poi veramente questo paragone, ed anzi questa parificazione che vorrebbesi stabilire fra la trasmissibilità ereditaria dell'azione e l'esercibilità di essa dalla parte dei creditori? Sembra ostarvi la considerazione ch'essi possono esercitare le ragioni del loro debitore, non già per virtù d'una trasmissione che da lui ne abbiano ricevuto, ma per diritto

proprio ad essi direttamente conferito dalla legge, affinchè possano, rivendicando al patrimonio del debitore ciò che gli appartiene o gli è dovuto, provvedere alla conservazione della guarentigia che loro spetta su tutti i beni del debitore stesso, conformemente al principio fondamentale proclamato dal codice Francese negli articoli 2092 e 2093, e dal codice Italiano negli articoli 1948 e 1949. Certo è che quando l'azione per la reclamazione di stato si è trasmessa agli eredi del figlio perchè questi è *morto in età minore nei cinque anni dopo la sua maggiore età* (art. 329 cod. Franc. = 173 cod. It.) " non potrebbe senza incoe-
" renza — come riconosce lo stesso *Demante* — essere
" negata la medesima azione ai creditori ereditari, i quali
" la esercitino per un interesse pecuniario dell'eredità „.
Ma ciò non autorizza ad argomentare in senso inverso che finchè il figlio viva non sia lecito ai creditori di promuovere un'azione di oggetto pecuniario a lui spettante, come quella in petizione d'eredità, allegando in appoggio lo stato di filiazione legittima del loro autore; e che in simil caso i creditori medesimi debbono attendere — come sostiene il *Demante* — " che *la morte del figlio sia giunta*
" *in tempo utile per dare un'esistenza propria all'azione*
" *pecuniaria riservata agli eredi dagli articoli* 329 *e* 330 „
(corrispondenti al 178 cod. Ital.).

Codesta dottrina del *Demante* neppur fu seguìta infatti dallo stesso suo continuatore, il *Colmet de Santerre;* il quale commentando l'art. 1166 comprese tra i diritti e le azioni a cui tale articolo non può esser esteso perchè non presentano alcun interesse pecuniario " *le azioni in*
" *reclamazione di stato quando esse sono principali*, a diffe-
" renza delle azioni in reclamazione di stato intentate per
" sostenere una petizione d'eredità, e come mezzo desti-
" nato a far riuscire quest'azione „ (1).

---

(1) V. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analyt. de code civil*, t. V, n. 81 *bis*, VIII.

Le distinzioni, poi, e suddistinzioni proposte dal *Demolombe*, per comporne un sistema di transazione, non sembrano efficaci per lo scopo a cui egli le dirige.

Certamente, se i creditori del figlio si facciano ad esercitare una *vera reclamazione di stato, senza appoggiarla a veruno interesse pecuniario attuale*, la loro azione non sarà ricevibile; poichè l'art. 1234 suppone da una parte che i diritti reclamati dai creditori contengano in loro favore un interesse *pecuniario* pel soddisfacimento dei loro crediti, e suppone dall'altra parte che quei diritti *non siano esclusivamente inerenti alla persona* del debitore; mentre nè l'una nè l'altra condizione si verifica nell'attuale nostra ipotesi. Ma se, all'opposto, i creditori non *reclamano lo stato legittimo* pel figlio, ma reclamano per sè un diritto pecuniario, dimostrandolo fondato sulla legittimità che spetterebbe al figlio, loro debitore, non si vede un sufficiente fondamento giuridico nella suddistinzione proposta tra i casi in cui siansi o non siansi prese, in proposito dello stato personale del figlio, conclusioni formali. Forsechè dalla forma che siasi data alla domanda, secondo i termini in cui sia materialmente espressa, e non dal vero intendimento, dall'oggetto diretto ed immediato dell'azione, devonsi desumere i caratteri e l'efficacia giuridica di questa? Se anche i creditori avessero erroneamente concluso per una *vera reclamazione dello stato personale del loro debitore*, e poi per l'esercizio in loro favore d'un diritto pecuniario dipendente da questo stato, dovrebbero essere respinte le conclusioni per la prima parte, ma dovrebbero essere accolte per la seconda, quando si verificasse l'esistenza nel debitore di quella qualità personale, alla quale l'istanza dei creditori si appoggia.

19 *bis*, II. Abbiamo avuto più volte occasione di rilevare come l'azione che agli eredi del figlio è dato di esercitare relativamente allo stato legittimo di lui, non possa avere altro fondamento che un interesse *puramente*

pecuniario. Ciò s'intende nell'ipotesi che costoro agiscano *nella sola qualità di eredi del figlio*, poichè se a questa riunissero l'altra qualità di *discendenti*, la reclamazione di stato avrebbe per essi una base d'interesse anche morale, e più che quello del figlio di cui fossero successori, reclamerebbero allora lo stato personale proprio, sebbene di esso dovesse essere necessaria base e punto di partenza lo stato legittimo del figlio immediato di colui del quale si pretendono legittimi discendenti. Donde segue che mentre con tale reclamazione di stato, i discendenti non eserciterebbero un'azione d'interesse solo pecuniario in cui fossero succeduti per eredità al loro autore, ma un'azione di stato personale direttamente propria, all'opposto gli *eredi*, agenti unicamente in tale qualità, eserciterebbero un'azione *esclusivamente pecuniaria*, e di cui sono rivestiti unicamente per titolo di successione ereditaria.

Da queste osservazioni resta confermato un concetto fondamentale e importantissimo, già altra volta accennato; che cioè *l'azione di reclamazione di stato propriamente detta*, quella che si fonda principalmente sopra un interesse morale, è *essenzialmente non trasmissibile*; e se la possono esercitare i *discendenti*, non è già per trasmissione che ne abbiano avuto dal *figlio immediato*, loro autore, ma *per diritto personale proprio*; che *trasmissibili sono unicamente i diritti pecuniari, quantunque connessi alla quistione di stato legittimo*, ed è a questo titolo che gli *eredi*, succedendo in questi diritti pecuniari, possono *far valere in appoggio di essi lo stato legittimo del loro autore*, propugnando la relativa questione; ma non è una *vera azione in reclamazione di stato personale*, che esercitino in rappresentanza del loro autore stesso a cui quell'azione apparteneva.

Se queste teorie sono, come ci sembrano, esatte, le conseguenze che agevolmente ne derivano valgono a dimostrare colla chiarezza desiderabile i caratteri giuridici dell'azione spettante agli eredi del figlio.

Essendo fuor di dubbio *trasmissibile*, *alienabile*, *prescrittibile* il diritto pecuniario, in occasione del quale si fa luogo a proporre la quistione di stato, è evidente non potersi attribuire qualità contrarie all'azione in proposito spettante agli eredi del figlio; ma la trasmissione, l'alienazione del diritto pecuniario, farebbe passare accessoriamente agli eredi od aventi causa degli eredi predetti il diritto di promuovere incidentemente la quistione di stato; come reciprocamente rimarrebbe estinto questo diritto, se colla prescrizione si estinguesse quello, d'interesse pecuniario, che ne causava l'esercibilità.

Così gli eredi degli eredi del figlio, i loro cessionari, i loro aventi causa per qualunque titolo, si troveranno rispetto a ciò nell'identica condizione dei proprii autori. E come *aventi causa*, potranno pure esercitare le stesse ragioni appartenenti agli eredi del figlio, *i creditori* loro (art. 1234 cod. civ.). Questa massima era ammessa anche da qualche autore francese, che pur negava ai *creditori del figlio* la facoltà di proporre la questione dello stato legittimo del loro debitore.

“ Io credo (diceva il *Demolombe*) che i creditori dei “ successori del figlio potrebbero esercitare in proprio “ nome quest'azione; la quale, *differendo oramai grande-* “ *mente da ciò che essa era nella persona del figlio stesso,* “ *ha per oggetto un interesse pecuniario* „ (1).

Di che gli fu apposta taccia di contraddizione dal nostro *Borsari;* il quale, accennando appunto al quesito se i creditori degli eredi del figlio possano esercitare, relativamente allo stato personale di quest'ultimo, le stesse azioni che ai predetti eredi apparterrebbero, scrisse queste parole: “ Quanto ai creditori, persisto nel rigettarli, contro “ l'opinione di *Demolombe* che a questo punto diverge, “ non so come, dai suoi principii „. Ma la supposta contraddizione non sussiste. Il *Demolombe*, che negava *ai*

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 301.

creditori del figlio di poter promuovere la quistione di stato del loro debitore, solamente quando la sollevassero *direttamente con apposite conclusioni*, ma riconosceva loro il diritto di *proporre la questione di filiazione del debitore come un mezzo in appoggio della domanda in petizione di eredità*, od altra d'interesse pecuniario; poteva bene, senza essere illogico, ammettere *in favore dei creditori dell'erede* la facoltà di esercitare quell'azione, concernente lo stato legittimo dell'autore di quest'ultimo, la quale passando all'erede medesimo aveva assunto un *carattere puramente pecuniario*. Comunque sia, quanto a noi che riputiamo competere *ai creditori stessi del figlio* la facoltà di esercitare i diritti pecuniari del loro debitore, quand'anche per dimostrarli fondati abbisogni loro di provare la legittimità di stato del debitore medesimo, diviene una necessità logica il ritenere che, *per maggior ragione*, quando l'azione, passando dal figlio al suo erede, abbia assunto un carattere *esclusivamente pecuniario*, possano *i creditori dell'erede* far valere quelle ragioni di lui, giovandosi del benefizio dell'articolo 1234.

L'*alienabilità* del diritto spettante agli eredi del figlio, renderà pienamente efficaci le rinunzie, transazioni o convenzioni quali si vogliano, che relativamente a quel loro diritto essi possano fare.

La *prescrittibilità*, dipendendo dall'esser estinguibile con questo mezzo il *diritto pecuniario*, per occasione del quale la quistione di stato poteva essere presentata, nè segue che la proponibilità di tale questione sia soggetta, nè più nè meno, a quella medesima prescrizione che apporti effettivamente la estinzione di quel diritto pecuniario. Perciò non reputeremmo accettabile come regola assoluta quella insegnata da qualche autore francese, che « la legge, non avendo indicato verun termine speciale pel « quale si prescriva l'azione contro gli eredi, ne segua « non potersi applicare altro che la regola generale se- « condo cui nessuna azione prescrittibile può durare più

" di trent'anni (art. 2262 cod. Fr., 2135 cod. It.), di " guisa che sia dopo trent'anni, *decorsi dall'aprimento* " *della successione del figlio*, senza interdizione, nè mino- " rità dell'erede, che l'azione in reclamazione di stato del " figlio si prescriva per l'erede stesso „ (1). A nostro avviso, l'azione esercibile dagli eredi, a termini dell'articolo 178, relativamente allo stato personale del figlio, non è soggetta a nessuna prescrizione propria speciale, ma *segue la prescrizione stessa del diritto pecuniario che si connette alla questione di stato;* cosicchè se prima ancora della morte del figlio sia rimasto estinto quel diritto per prescrizione, ne rimarrà esclusa per gli eredi l'esercibilità dell'azione ad essi attribuita dall'art. 178; se la decorrenza della prescrizione estintiva di quel diritto pecuniario risalga a tempo anteriore all'aprimento della successione del figlio, si estinguerà col compiersi d'essa anche l'azione esercibile degli eredi di lui (2); se il corso di quella prescrizione estintiva si protragga oltre trent'anni, per qualunque causa di sospensione o d'interruzione, continuerà, fino a che tale prescrizione non sia compiuta, la proponibilità incidente della *quistione di stato;* se in fine il diritto pecuniario connesso a tale questione sia soggetto ad una prescrizione più breve dell'ordinaria, non potrà durare oltre a questo termine il diritto esercibile dagli eredi.

Nel diritto francese (che colla parola *eredi* designava specialmente i *parenti legittimi del defunto che raccogliessero, in virtù della disposizione della legge, tutta l'eredità o parte di essa*, e distingueva col nome di *legatari* tutti coloro a cui l'eredità fosse devoluta in *totalità*, o per una *quota parte*, o per *cose particolari* soltanto, in virtù della volontà dell'uomo, chiamandoli *legatari universali* nel primo caso, *legatari a titolo universale* nel secondo, e *legatari a titolo particolare* nel terzo) poteva esser dubbio

---

(1) V. Marcadé, art. 330, § II, t. II, n. 41.
(2) V. Demolombe, t. V, n. 299.

se nell'art. 329 di quel codice (corrispondente al 178 del codice nostro) colla parola *eredi* si volesse accennare ai *soli successori legittimi.* La dottrina però era d'accordo nel ritenere che sotto la parola *eredi* dovessero in quella disposizione intendersi compresi *tutti coloro che per qualunque titolo fossero chiamati al diritto ereditario, cioè alla totalità o ad una quota parte dei beni componenti appunto l'eredità* (1), e quindi tanto gli *eredi propriamente detti*, cioè i *successori legittimi*, quanto anche i *legatari universali* od *a titolo universale.* Intorno a ciò non può neppur nascer dubbio sotto il codice nostro, che qualifica normalmente come *eredi*, non solamente quelli che vengono alla successione *per legge*, ma quelli ancora a cui essa si devolve in tutto od in una quota determinata *per volontà dell'uomo*, in virtù di disposizioni testamentarie, e chiama *legatari* quelli soltanto in favor dei quali il testatore abbia disposto di *oggetti particolari;* senza più ammettere le denominazioni di legatari *universali* od *a titolo universale* (art. 760 cod. civ.). Parimente la dottrina francese riteneva doversi far luogo all'applicazione dell'art. 329 di quel codice, tanto a favore dei *successori regolari* che degli *irregolari;* ma questa distinzione non essendo adottata nel nostro codice, la riferita massima della dottrina francese diventa per noi superflua.

Non esisteva però uguale accordo tra gli autori francesi, quanto a determinare se anche i *legatari particolari* del figlio potessero esercitare la stessa azione concessa dalla legge agli *eredi.* Vi era chi, attenendosi rigorosamente alla parola della legge, che poteva comprendere in largo senso anche i legatari *universali* ed *a titolo universale*, ma non estendersi ai *successori a titolo particolare*, riputava che questi *legatari* dovessero rimaner esclusi (2). Altri professavano l'opinione contraria, per la ragione che

---

(1) V. Marcadé, art. 330, § II, t. II, n. 42; Demolombe, t. V, n. 297.
(2) V. Marcadé, l. c.; Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, nª 3.

i legatari potevano pure considerarsi come *creditori verso l'eredità*, e che i creditori degli eredi del figlio possono anch'essi, in rappresentanza dei loro debitori, esercitare le azioni *d'interesse pecuniario* a questi spettanti (1). L'applicazione delle teorie che abbiam cercato di dimostrare, ci induce ad abbracciare la seconda di queste opinioni. Se chiunque sia succeduto al figlio, o possa rappresentarlo, in un *particolare diritto pecuniario connesso alla quistione dello stato legittimo di lui*, può promuovere una tale questione, non come *vera reclamazione di stato* (la quale propriamente non può competere fuorchè al figlio stesso ed ai discendenti da lui), ma come mezzo per dimostrare legittimamente fondato il reclamato diritto, è chiaro che ciò deve aver luogo anche a favore dei legatari particolari; sia che l'oggetto stesso del legato consista in un diritto dipendente dalla questione di stato (come se fosse stato legato il diritto sopra un'eredità, nella quale il testatore sarebbe stato chiamato a succedere come parente legittimo), sia, anche indipendentemente da questo, perchè *i legatari* debbonsi considerare quali creditori dell'erede pel soddisfacimento del legato, e i creditori dell'erede possono esercitare (come abbiam dimostrato) in rappresentanza di lui, l'azione che gli è attribuita dall'art. 178 relativamente allo stato legittimo della persona alla quale egli è succeduto. Nè intorno a ciò è da distinguere se l'erede abbia accettato *puramente* e *semplicemente* o *con benefizio d'inventario*, od abbia anche *rinunziato*, sicchè l'eredità sia divenuta *giacente* (art. 980 cod. civ.). Giacchè quantunque negli ultimi due casi l'erede non sia più personalmente tenuto al pagamento dei legati, ciò però non esercita nessuna influenza sul diritto dei legatari *verso l'eredità*, ed è propriamente *l'eredità*, che, comprendendo in sè un diritto pecuniario fondato sullo stato legit-

---

(1) V. Valette sur Proudhon, vol. II, chap. I, sect. VI, pag. 122, nª (*a*) Demolombe, t. V, n. 302; Laurent, t. III, n. 468, pag. 587.

timo del defunto, abbisogna per dar luogo all'esercizio di quel diritto che sia dimostrato questo stato; cosicchè la facoltà di promuovere la questione di stato sarebbe da riputarsi veramente come attribuita dall'art. 178 *piuttosto alla successione che personalmente agli eredi.* Così non v'ha dubbio che quand'anche l'eredità fosse *giacente*, il curatore d'essa potrebbe esercitare quelle stesse ragioni che a termini dell'art. 178 spetterebbero agli eredi (articoli 981 e 982 cod. civ.) (1). I legatari, come creditori dell'eredità, potrebbero adunque esercitare essi pure, in virtù dell'articolo 1234, le ragioni attribuite agli eredi, ossia all'eredità, dal ridetto art. 178.

19 *bis*, III. Il nostro codice ammette espressamente a promuovere l'azione in reclamazione di stato, oltre gli eredi, anche i *discendenti del figlio.* Nè per essi trattasi già, come per gli eredi, di proporre semplicemente la questione di stato come mezzo di appoggio ad un'azione pecuniaria, che formi il principale oggetto dell'istanza giudiziale; ma trattasi propriamente, come abbiam notato a suo luogo, d'una vera *reclamazione di stato*, fondata sempre sull'interesse morale e giuridico inerente per sè al proprio stato personale, indipendentemente anche da speciali ragioni d'interesse pecuniario. Riesce pertanto completamente indifferente, per l'esercibilità di questa azione, che il *discendente* del figlio sia inoltre, o non sia, *erede* di lui; mentre anzi quando l'art. 178 parla degli *eredi*, suppone veramente ch'essi *non abbiano la qualità di discendenti del figlio*, del quale propongono la quistione di stato, perchè se l'avessero, l'*azione pecuniaria*, che sola è attribuita agli eredi, si confonderebbe nella prevalente azione d'interesse morale d'una *vera reclamazione di stato.*

Il nostro codice, permettendo così ai discendenti del figlio, ancorchè non eredi di lui, d'esercitare l'azione in

(1) V. Demolombe, t. V, n. 298.

reclamazione di stato legittimo, ha risoluta una grave questione a cui lasciava luogo il codice Francese, che parlava soltanto degli *eredi*. La grande maggioranza degli autori portava opinione che i *discendenti* del figlio non potessero esercitare l'azione in reclamazione dello stato di lui, se non in quanto vestissero la qualità di *eredi* del figlio stesso (1).

Eranvi tuttavia alcuni giureconsulti i quali professavano una massima opposta. A loro avviso non era possibile ammettere che ai discendenti, i quali reclamano lo stato personale proprio, fossero applicabili le identiche norme stabilite particolarmente dalla legge *per gli eredi*, i quali agiscono *per un semplice interesse pecuniario*, nè reclamano lo stato proprio, ma solo adducono lo stato del loro autore come mezzo di appoggio ad un'azione pecuniaria da loro intentata. Così, secondo questi autori, l'azione competente ai discendenti, che reclamano lo stato proprio invocandone come base quello del loro ascendente, non sarebbe stata soggetta alle norme particolari stabilite dalla legge per l'azione attribuita agli eredi, ma avrebbe avute comuni perfettamente quelle della *vera azione in reclamazione di stato* riconosciuta dalla legge a favore del figlio stesso immediato (2).

Il *Demolombe* ha segnalate le conseguenze che deriverebbero da questa teoria, ch'egli, pur respingendola siccome non consentanea al testo del codice Francese, dichiarava però di riconoscere come *la più giuridica, la più conforme ai veri principii* (3). Esse sarebbero le seguenti: 1° che l'azione spettante ai discendenti sarebbe, come quella attribuita al figlio, *imprescrittibile;* 2° che

---

(1) V. Proudhon, t. II, ch. I, sect. VI; Toullier, t. II, n. 914; Duranton, t. III, n. 151; Zachariae, § 547 *bis*, n. 1, nª 6; Demolombe, t. V, n. 305; Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, nª 10; Laurent, t. III, n. 468, pag. 587, 588.

(2) V. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 470; Marcadé, art. 330, § III, t. V, ni 43, 44.

(3) V. Demolombe, t. V, n. 303.

quell'azione sarebbe *inalienabile*, nel senso che i discendenti, al pari del figlio, non potrebbero validamente *rinunziarvi*, nè farne oggetto di *transazione* o *convenzione* qual che si fosse; 3° che i discendenti potrebbero esercitare tale azione *indipendentemente da qualunque interesse pecuniario;* 4° che potrebbero esercitarla, *non ostante che avessero rinunciato alla successione del figlio*, loro autore; 5° che lo potrebbero non ostante il verificarsi di qualcuna delle circostanze che priverebbero dell'azione l'erede; come l'avere il figlio riconosciuto espressamente di non aver diritto a reclamazione di stato; l'averlo riconosciuto tacitamente col lasciare scorrere, senza promuovere l'azione, più di cinque anni dopo la sua maggiore età; l'essere stata rigettata la reclamazione intentata dal figlio stesso, con decisione divenuta irrevocabile; 6° che i discendenti potrebbero esercitare l'azione in reclamazione, anche vivente il figlio e contro la volontà di lui, salvo di doverlo chiamare in causa.

Il nostro codice ha accolto il principio che i discendenti possono esercitare *una vera azione in reclamazione di stato*, al pari del figlio stesso e indipendentemente dalla qualità di eredi di lui, ma non ha poi accettate tutte le predette conseguenze che da quel principio potrebbero derivare; chè anzi ad alcune di esse oppose espresse dichiarazioni in contrario. Sembra però, che come quelle conseguenze sarebbero tutte per sè stesse razionali e conformi ai principii giuridici, così non altro che un chiaro testo di legge possa renderle inapplicabili.

a) L'imprescrittibilità dell'azione in reclamazione di stato competente ai discendenti del figlio appare manifestamente esclusa in forza dell'art. 177, che dice: “ L'azione “ per reclamare lo stato legittimo è *imprescrittibile riguardo* “ *al figlio* „, il che implicherebbe dunque il contrario, rispetto agli altri dai quali la stessa azione può essere esercitata secondo il successivo articolo, riguardo cioè non solo agli *eredi*, ma anche *ai discendenti*. A primo aspetto

può sembrare irrazionale che siasi resa prescrittibile un'azione fondata, non sopra un semplice interesse pecuniario, come quella degli eredi, ma sopra un interesse morale e *di stato* personale al par di quella del figlio, la quale appunto perciò è stata dichiarata imprescrittibile. Però una ragione plausibile di questo scostarsi che ha fatto la legge dai principii comuni scorgesi in ciò, che se si fosse permesso a tutti i pretesi discendenti di una persona, senza limite di generazioni e di tempo, di poter reclamare la loro discendenza legittima da quella persona, è chiaro quanto grave perturbamento avrebbe potuto sorgerne nelle famiglie, con manifesto danno anche dell'ordine generale; quantunque gl'interessi materiali potessero essere coperti dalla prescrizione, che ad ogni modo relativamente a questi avrebbe avuto luogo.

La prescrizione applicabile all'azione dei discendenti, sussistendo questa indipendentemente da qualsiasi interesse pecuniario, il cui oggetto fosse suscettibile di una speciale e più breve prescrizione, non potrà essere che l'ordinaria di 30 anni.

b) La legge nulla dispone in contrario alla *inalienabilità* dell'azione in reclamazione di stato accordata ai discendenti; ed è certo pertanto che niuna efficacia civile potrebbero avere le rinuncie, transazioni o convenzioni quali si fossero, che relativamente a tale azione fossero state fatte dai discendenti medesimi.

c) È incontestabile parimente, pel silenzio della legge, che i discendenti potrebbero agire in reclamazione del proprio stato anche senza allegare nessuno speciale interesse pecuniario, ben essendo sufficiente l'interesse morale e giuridico che hanno a reclamare la propria qualità legittima, i proprii diritti di famiglia.

d) Neppure è dubbio che l'avere i discendenti rinunciato alla successione del figlio immediato, o l'esserne stati esclusi per indegnità, non potrebbe pregiudicare al diritto di reclamazione di stato, ch'essi esercitano per tutt'altra

qualità e ben prevalente su quella di eredi del figlio medesimo.

e) L'art. 178, disponendo tutt'insieme per gli *eredi e pei discendenti del figlio*, ha rese perfettamente comuni agli uni ed agli altri le cause che, *procedenti dal figlio* medesimo, possono secondo quella disposizione formare ostacolo all'esercizio dell'azione in reclamazione di stato dalla parte di loro. Così non v'ha dubbio che se il figlio fosse morto dopo compiuti cinque anni dalla sua maggiore età e senza avere promossa quell'azione, nemmeno i discendenti di lui potrebbero più esercitarla. Lo stesso parrebbe da ripetersi, quantunque nell'art. 178 non ne sia fatta parola, pel caso che il figlio avesse esplicitamente riconosciuto di non aver diritto a reclamazione di stato legittimo. Le quali massime possono giustificarsi colla considerazione che la reclamazione della *discendenza legittima* presupponendo, come base imprescindibile, la legittimità eziandio della figliazione immediata, il reclamo del discendente dev'essere necessariamente *subordinato alla legittimità del figlio*, cosicchè la manifestazione contraria, ancorchè tacita, e molto più se espressa, che sia emanata dal figlio, deve impedire che possa farsi la reclamazione di stato dai discendenti, i quali non potrebbero avere la qualità di legittimi se non trasfusa in loro dal figlio immediato.

Da ciò pertanto deriverebbe questa singolare risultanza, che mentre nessuna efficacia civile avrebbe rispetto al figlio la rinuncia ch'egli facesse alla propria azione in reclamazione di stato, e nessuna parimente ne avrebbe pel discendente la rinuncia che fosse emessa da lui, all'opposto *la dichiarazione del figlio* di non aver diritto a quella reclamazione *nuocerebbe al discendente*. Risultanza questa che a primo aspetto potrebbe parere strana, se non si pensasse alla specialità dell'accennata considerazione secondo la quale l'atto del figlio, quantunque non potesse portare per lui lo spoglio del diritto di reclamare lo stato che gli spettasse, contenendo però un esplicito riconoscimento che

quello stato di legittimità veramente non gli appartiene, un tale riconoscimento opponibile ai discendenti, toglierebbe a loro di poter più esercitare l'azione di reclamazione.

Per ragioni analoghe, se con decisione irrevocabile fosse stata rigettata l'azione in reclamazione che il figlio stesso avesse promossa, ciò nuocerebbe naturalmente al discendente, che non potrebbe più essere ammesso ad invocare una qualità per la quale gli mancherebbe l'anello di congiunzione collo stipite da cui pretenderebbe d'essere derivato legittimamente.

f) Quanto infine al poter essere esercitata l'azione in reclamazione anche vivente il figlio e contro la volontà di lui, abbiamo visto già risultare in contrario dall'art. 178 del nostro codice che durante la vita del figlio a lui solo compete l'azione in reclamazione di stato, nè i discendenti potrebbero esercitarla (1).

20. Dai principii esposti nel numero precedente risultano massime che reputiamo non inopportuno di qui riassumere brevemente. *Durante la vita del figlio*, l'azione in *reclamazione di stato propriamente detta* non può competere fuorchè *personalmente a lui solo*. I suoi creditori potranno bensì, esercitando a termini dell'art. 1234 cod. civ. qualche speciale *diritto pecuniario* che dipenda dalla legittimità di stato del loro debitore, proporre una tale questione di stato, ed essere ammessi alle prove relative, per dimostrare fondata l'*azione pecuniaria* da essi promossa; ma ciò è ben lungi dal potersi considerare come equivalente ad una vera *reclamazione di stato*. I *discendenti* del figlio, quantunque la questione di stato del loro genitore od ascendente formi la base dello stato loro proprio, della loro legittimità, dei loro diritti di famiglia, sicchè promuovendo quella quistione essi agiscono veramente in *reclamazione dello stato proprio*; pure non possono, mentre vive il figlio im-

---

(1) V. sopra, n. 19 *bis*, I, pag. 142-146.

mediato, intentare una tale azione, che deve rimanere in dominio esclusivo del loro genitore od ascendente, del figlio immediato predetto, dal quale dovrebbe ad essi derivare quella discendenza legittima ch'essi vorrebbero invocare.

Quando poi sia *avvenuta la morte del figlio*, il *diritto di promuovere la questione di stato legittimo* passa agli *eredi*, siano o non siano discendenti del figlio stesso, ed ai *discendenti* di lui, siano o non siano suoi eredi. Questo diritto però assume caratteri giuridici ben diversi, secondo che si consideri negli eredi o nei discendenti. Presso questi ultimi è una *vera azione in reclamazione di stato*, fondata principalmente sull'interesse morale e giuridico inerente allo stato proprio personale, e di cui non sono che applicazioni speciali ed accessorie gl'interessi pecuniari che possano esservi annessi. Presso gli eredi invece non è che una *azione pecuniaria*, la quale segue necessariamente le sorti di quei diritti di tale natura, che trovandosi a far parte attiva del patrimonio ereditario, e trasmettendosi con esso agli eredi, dànno ragione ai medesimi di poter promuovere, al fine di esercitarli utilmente, la questione di stato del loro autore.

Non ostante questa grave e fondamentale differenza, le disposizioni espresse che il legislatore nostro ha date nell'art. 178, intorno alle azioni di stato esercibili dagli eredi e dai discendenti del figlio, le considerano unitamente, come soggette ad identiche norme. E da ciò deducemmo noi pure qualche conseguenza rilevantissima, traendone dal testo stesso dell'art. 178 la conferma del principio che nemmeno ai discendenti sia lecito, durante la vita del figlio immediato, di promuovere l'azione in reclamazione di stato. Tuttavia non sapremmo accogliere il pensiero manifestato dall'illustre cons. *Borsari*, che “ la distinzione “ *fra gli eredi e i discendenti* non eredi, *abbia perduto ogni* “ *valore pratico* „ (1). Basti il ricordare, in contrario, che

(1) V. *Comm. del cod. civ.*, art. 178, § 437, n. 672.

gli eredi non possono esercitare la loro azione se non *in tale qualità*, mentre ai discendenti non potrebbe nuocere, per l'esercizio dell'azione loro, la rinuncia che avessero fatto alla successione del figlio immediato, loro autore; che gli eredi possono rinunciare validamente ai *diritti pecuniari* ai quali si lega la proponibilità per parte loro della questione di stato del loro autore, e con ciò spogliarsi del diritto di proporre tale quistione; mentre sarebbe nulla in diritto la rinunzia che i discendenti facessero all'azione in reclamazione dello stato proprio, della propria discendenza legittima: che infine è bensì soggetta a prescrizione estintiva tanto l'azione degli eredi quanto quella dei discendenti, ma alla prima non è applicabile altra prescrizione, che quella per cui si estinguono i *diritti pecuniari* a cagione dei quali era proponibile la questione di stato; per la seconda invece non havvi altra prescrizione possibile che *l'ordinaria di trent'anni* (art. 2135 cod. civ.) decorribile *dalla morte del figlio*. E tutte queste sono pure *conseguenze pratiche* della distinzione tra le azioni competenti, dipendentemente dallo stato del figlio, agli *eredi* ed ai *discendenti;* e dànno a quella distinzione un valore da non trascurarsi. La verità è questa sola, che le dette azioni sono rette da norme perfettamente comuni tra gli eredi e i discendenti, *nei soli speciali rapporti espressamente contemplati dall'art.* 178 *cod. civile.*

Sì gli eredi che i discendenti possono, non tanto *promuovere l'azione allorchè il figlio sia morto senz'avere reclamato*, quanto anche *proseguirla*, se sia stata da lui promossa in sua vita. Ciò non presenta veruna difficoltà allorchè si tratta degli *eredi;* i quali, come rappresentano e continuano giuridicamente la persona del loro autore in tutti i suoi diritti e le sue obbligazioni, così succedono naturalmente anche nella posizione ch'egli erasi fatta colla istituzione del giudizio da lui provocato per la reclamazione del proprio stato. Ma ben potrebbesi dubitare della ragione di ammettere il proseguimento dell'azione promossa dal figlio,

per parte dei *discendenti che non fossero eredi di lui.* Tuttavia il dubbio sul buon fondamento di questa massima può sciogliersi, considerando che lo stato legittimo del figlio immediato è la base necessaria della legittimità dei discendenti; che questi perciò vengono in qualche modo a rappresentare il figlio immediato, genitore od ascendente rispetto a loro, allorchè reclamano la propria discendenza legittima; che pertanto essi hanno un legittimo interesse nel giudizio istituito dal figlio, la definizione del qual giudizio era destinata già a produrre effetti decisivi sul loro stesso stato personale; che ciò posto vi ha ragione di ammetterli a continuare l'istanza, quantunque non vestano la qualità di eredi per rappresentare chi l'aveva promossa, e sarebbe irrazionale e contrario all'economia dei giudizi di vietare ai discendenti di proseguire nel giudizio già instaurato dal loro ascendente, e costringerli a promuovere per lo stesso oggetto una nuova azione.

Tanto la facoltà di *promuovere* quanto quella di *proseguire l'azione* in reclamazione di stato, è subordinata, sì per gli eredi che pei discendenti, ad alcune condizioni le quali non variano dagli uni agli altri, ma sono invece differenti secondo che appunto si tratti di *provocare* un'azione nuova o di *continuare* quella già promossa. E questa distinzione, a cui corrispondono i due separati paragrafi nei quali è diviso l'art. 178, è importante a ritenersi; poichè dal non osservarla accuratamente può dipendere qualche mala intelligenza del testo delle disposizioni in quell'articolo contenute, e conseguentemente qualche erronea applicazione dei principii che vi sono enunciati o ne derivano.

1° *Se il figlio non ha promossa in sua vita l'azione in reclamazione di stato,* la legge non ammette ad esercitarla gli eredi o discendenti del figlio stesso, *se non nel caso in cui questi sia morto in età minore o nei cinque anni dopo la sua maggiore età* (art. 178, § 1°, cod. civ.).

Abbiam visto nel numero precedente, che se il figlio immediato avesse *riconosciuto non competergli l'azione in recla-*

mazione di stato, questa dichiarazione, la quale non avrebbe avuto alcun effetto quanto a togliere al figlio stesso quell'azione, se realmente gli fosse appartenuta, ne impedirebbe però l'esercizio agli eredi o discendenti di lui; poichè questi non possono che raccogliere una tale azione dal figlio immediato, il quale nella fatta ipotesi avrebbe riconosciuto di non ritenerla fondata per sè medesimo. Ora ad un tale riconoscimento la legge presume equivalente il fatto di avere il figlio lasciati scorrere cinque intieri anni dopo la sua maggiore età senza intentare l'azione. È dunque solamente quando *il figlio sia morto dopo aver compiuto il 26° anno, senz'aver promosso colla reclamazione dello stato proprio un giudizio che resti tuttora pendente al tempo di sua morte*, che la legge presume aver esso riconosciuto non competergli l'azione, della quale perciò vieta l'esercizio anche agli eredi o discendenti. Questa presunzione è assoluta, *juris et de jure;* poichè sul fondamento di essa la legge *nega agli eredi o discendenti l'azione in giudizio*, e questo carattere distingue appunto, secondo l'articolo 1353 codice civile, *le presunzioni legali che non ammettono prova contraria*. Non varrebbe dunque, a favore degli eredi o discendenti, l'allegare che il figlio *avesse ignorato di aver diritto a quello stato legittimo* ch'essi reclamano come succeduti a lui (1), o ch'egli avesse avuta intenzione, se fosse sopravvissuto, di agire in reclamazione del proprio stato, ed avesse anzi già predisposti tutti i mezzi opportuni per esercitarla. Le prove che si chiedesse di produrre intorno a tali fatti sarebbero inammissibili, in forza del principio di ragione che " *frustra probatur quod probatum non relevat* ".

Se il figlio non abbia *espressamente riconosciuto* di non aver diritto alla reclamazione di stato, *nè sia morto dopo aver compiuto il 26° anno di età*, non potrebbe fare ostacolo

(1) V. Toullier, t. II, n. 910; Duranton, t. III, n. 151; Demolombe, t. V, n. 294; Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, nª 5; Laurent, t. III, n. 465.

all'esercibilità dell'azione predetta, per parte degli eredi o discendenti del figlio stesso, la circostanza che questi avesse realmente promossa in sua vita quell'azione, ma ne avesse poi receduto (art. 343 a 345 cod. proc. civ.) o l'avesse lasciata perimere (art. 338 a 342 detto codice). Veramente questa massima non può dirsi incontestata; essendovi stato qualche autore che ha sostenuto, la desistenza dagli atti della lite e la perenzione d'istanza doversi qui considerare come *equivalenti ad un vero abbandono dell'azione;* e così toglierne assolutamente l'esercibilità agli eredi o discendenti del figlio (1). Ma l'opinione contraria, che prevalse nella dottrina (2), pare fondata su convincenti ragioni. La *desistenza*, o *rinunzia agli atti del giudizio*, quantunque accettata dall'avversario, non produce altri effetti fuor di *quelli che sono proprii della perenzione d'istanza* (art. 345 cod. pr. civ.); la quale *non estingue l'azione*, ma solo *rende nulla la procedura* seguìta (art. 341 detto codice). Tutto adunque riducesi a *rimetter le cose nello stato medesimo in cui trovavansi prima che fosse introdotta l'istanza.* Ora, poichè se il figlio non avesse punto reclamato, ma fosse morto prima d'aver compiuto il 26° anno, gli eredi o discendenti di lui potrebbero per conto proprio esercitare l'azione, lo stesso dev'essere non ostante quella procedura promossa dal figlio, la quale si considera come non avvenuta in forza della rinunzia agli atti del giudizio o della perenzione. A quest'argomentazione semplicissima si è opposto, che l'art. 329 cod. Francese (e così il corrispondente 178 del cod. Italiano) suppone *che il figlio non abbia reclamato;* che dunque nel caso nostro facendosi invece l'ipotesi d'un reclamo effettivamente introdotto dal figlio,

---

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 372, nª 8; Dalloz, *Rec. alph.*, vº *Filiation*, ch. II, sect. III, n. 4; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 469; Laurent, t. III, n. 466.

(2) V. Duranton, t. III, n. 156; Zachariae, § 547 *bis*, 1°, nª 1; Demante, *Cours analyt.*, t. II, n. 55 *bis*, II; Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, nª 9; Marcadé, art. 330, § VI, t. II, n. 48; Demolombe, t. V, nⁱ 289 a 291; Borsari. *Comm.*, art. 178, § 438, pag. 674.

non si verifica la condizione stabilita dalla legge, e questa perciò dev'essere inapplicabile. Ma sembra facile la risposta: chè l'effetto legale della desistenza o della perenzione essendo di *far riguardare come non avvenuta l'istanza*, il caso di un reclamo introdotto, ma poscia perento, o abbandonato colla *rinunzia agli atti del giudizio*, dev'essere necessariamente considerato dalla legge come compreso tra quelli in cui *il figlio non abbia reclamato*. D'altra parte è inesatto il considerare quella espressione usata dal legislatore, come una *condizione apposta all'esercibilità dell'azione per gli eredi o discendenti*. Nel primo paragrafo dell'art. 178 si parla, è vero, *del figlio il quale non abbia reclamato;* ma ciò ha due scopi speciali che spiegano completamente questa espressione, senza cercarvi una *condizione di ricevibilità dell'azione* in reclamazione di stato intentata dagli eredi o discendenti del figlio. Il primo scopo è di tener distinto il caso in cui gli eredi o discendenti abbiano ad *iniziare* essi l'azione, da quello in cui abbiano solo a *proseguire* quella già promossa dal figlio, casi dei quali l'uno è regolato dal primo paragrafo, l'altro dal secondo dell'articolo 178. L'altro scopo è di far rilevare il principio fondamentale, che il silenzio del figlio, il non aver egli reclamato, può bensì costituire una eccezione di *non ricevibilità* contro la reclamazione degli eredi o discendenti, ma solamente quando quel silenzio abbia durato abbastanza per giustificare la presunzione che il figlio abbia tacitamente riconosciuto di non aver diritto alla reclamazione di stato legittimo, e cioè abbia durato fino ad avere il figlio compiuto il suo ventiseesimo anno. Nè a fondamento di questa presunzione potrebbesi, con sufficiente motivo, sostituire la considerazione che, col lasciar perimere la sua istanza o col desisterne, il figlio dimostri di non ritenere fondata l'azione, imperciocchè quel contegno di lui può procedere da tutt'altra causa, per esempio dal riconoscere male scelto il momento di esercitare la sua azione, o male introdotto ed istruito il

giudizio, o per prender tempo a procurarsi mezzi più efficaci di prova, ecc.

Il recesso dagli atti del giudizio o la perenzione possono dunque unicamente impedire agli eredi o discendenti di *proseguire l'azione già promossa dal figlio* (art. 178, § 2, cod. civ.), senza però toglier loro di promuovere di nuovo e per conto proprio l'azione, se il figlio, dopo avere *rinunziato agli atti del giudizio* da lui introdotto, o lasciata perimere l'istanza, sia morto prima d'aver compiuto il 26° anno di età. Ciò s'intende però supponendo sempre che si tratti di vera e semplice *rinunzia agli atti del giudizio*, di desistenza *dalla procedura*, poichè se il figlio avesse invece dichiarato di *abbandonare l'azione* riconoscendola non fondata, una simile dichiarazione — giusta quanto dimostrammo superiormente — precluderebbe ogni via agli eredi o discendenti per poter essi esercitare quella reclamazione.

2° *Se il figlio ha promosso, ma non condotto a termine, il giudizio di reclamazione* del suo stato, gli eredi o discendenti *possono proseguire l'azione;* ma a questo principio è da fare eccezione per due casi, quando cioè da parte del figlio stesso siavi stato *recesso* o *perenzione d'istanza* (art. 178, § 2°, codice civile).

Una prima riflessione si presenta spontanea, considerando la generalità dei termini in cui è espresso questo secondo paragrafo dell'art. 178. Non è qui ripetuta, nè quindi potrebbesi applicare la distinzione che il precedente paragrafo contiene tra i casi che *il figlio sia morto prima o dopo aver compiuto il 26° anno di età*. Gli eredi od i discendenti possono dunque proseguire l'azione che il figlio abbia promossa *dopo cinque anni dalla sua maggiorità;* abbenchè, se egli fosse morto a quell'età senza averla provocata, sarebbe stata per loro irremissibilmente perduta. La presunzione di legge che il figlio abbia riconosciuto non competergli il diritto della reclamazione di stato quando la relativa azione non è stata da lui intentata entro i cinque anni

dopo la sua maggiore età, rimane distrutta dal fatto d'aver egli promossa posteriormente quell'azione imprescrittibile per lui. Ma se l'istanza sia perenta, o se il figlio abbia rinunciato agli atti del giudizio, rimanendone annullata tutta la procedura, e riguardandosi come non introdotta mai l'azione del figlio, riprende pieno vigore la presunzione predetta fondata dalla legge sull'essere scorsi cinque anni dopo la maggiore età del figlio senza che l'azione medesima sia stata da lui promossa; epperò non è lecito agli eredi o discendenti di introdurre di nuovo quell'azione per conto proprio. Supponendo invece che l'azione fosse stata promossa dal figlio, ma l'istanza fosse poi caduta in perenzione, o ne fosse stato receduto, e *il figlio fosse morto prima d'aver compiuto il 26° anno di età*, la condizione delle cose, e le conseguenze giuridiche da derivarne, subirebbero un profondo cangiamento; chè, come abbiamo diffusamente dimostrato poco sopra, la perenzione o il recesso restringendo i loro effetti ad *annullare la procedura*, così da farla considerare come non avvenuta, ma non importando *perdita dell'azione*, questa potrebbe passare agli eredi od ai discendenti, non altrimenti che se da niuno fosse mai stata precedentemente intentata, qualora fosse morto il figlio immediato prima che si compisse il quinto anno dopo la sua maggiore età.

Riassumendo tutto in breve, possiam dunque dire: che l'azione promossa dal figlio in sua vita può essere *proseguita* dopo la morte di lui dai suoi eredi o discendenti *in ogni caso*, fatta soltanto eccezione di quelli in cui siasi verificato *recesso* o *perenzione d'istanza;* e che il recesso o la perenzione d'istanza impediscono sempre ed assolutamente agli eredi o discendenti del figlio il proseguimento dell'azione da lui promossa, senza però togliere a quelli di poterla intentare di nuovo per proprio conto, se ne sia caso a termini del primo paragrafo dell'art. 178. Ciò torna a conferma di una avvertenza già sopra fatta, e sulla quale giova di insistere, che cioè sono completamente distinte le

norme concernenti la promozione della azione per parte degli eredi o discendenti, e la continuazione della azione che già sia stata introdotta dal figlio in sua vita: quella essendo regolata esclusivamente dal primo paragrafo, questa dal secondo dell'art. 178; cosicchè sarebbe erroneo, epperò potrebbe trarre a conseguenze non meno false, il considerare come applicabile in qualunque aspetto il primo paragrafo dell'articolo surricordato al caso di *proseguimento* dell'azione promossa dal figlio, o come estensibile la disposizione del secondo paragrafo all'azione che gli eredi o discendenti potessero introdurre di nuovo per conto proprio.

Affinchè il recesso o la perenzione d'istanza impedisca agli eredi o discendenti del figlio di proseguire l'azione che da lui sia stata promossa, è necessario che per tali cause sia cessato definitivamente il procedimento che dal figlio era stato intrapreso. Ora la perenzione operandosi, secondo la nostra legge processuale, *di pien diritto* (art. 340 codice procedura civile) basterà dunque che siano *scorsi tre anni senza che siasi fatto alcun atto di procedura* (art. 338 detto codice) perchè gli eredi o discendenti non possano più proseguire l'azione, ma solo promuoverla di nuovo, se ne sia caso a tenore del primo paragrafo dell'art. 178 cod. civile. Rimane così sciolto presso noi un punto che era controverso sotto il codice Francese; secondo il quale la perenzione non effettuavasi di pien diritto, ma bisognava che fosse *domandata* dall'altra parte. Alcuni autori opinavano pertanto che cogli atti validi che fossero fatti dagli eredi o discendenti del figlio, pel proseguimento dell'azione in reclamazione di stato da lui promossa, potesse coprirsi la perenzione della procedura, qualora quegli atti fossero *anteriori alla domanda di perenzione* proposta dall'altra parte (1); mentre altri insegnava invece che, per eccezione ai prin-

---

(1) V. Marcadé, art. 330, § V, t. II, n. 47; Demolombe, t. V, n. 292; Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, nª 8.

cipii comuni, la pesenzione dovesse qui considerarsi come avente effetto *di pien diritto*, adducendo che l'art. 330 del cod. civ. conteneva una *regola speciale*, a cui pertanto non derogava la massima generale dell'art. 399 del codice di procedura (1).

Rispetto poi alla *rinunzia agli atti del giudizio*, essendo solamente quando tale rinunzia sia *accettata* dall'altra parte che produce gli effetti stessi della perenzione, cioè di *render nulla la procedura* (art. 345 p. c.): ne segue che gli eredi o discendenti potrebbero ancora proseguire utilmente l'azione promossa dal figlio, dichiarando di rivocare la rinunzia agli atti del giudizio fatta da lui, semprechè al tempo della morte del figlio rinunziante non fosse ancora stato significato l'atto di accettazione.

Abbiamo trattato finora delle condizioni sotto le quali l'azione in reclamazione di stato può essere promossa o proseguita dagli *eredi o discendenti del figlio*, seguendo così il testo dell'articolo 178, che parla esclusivamente degli eredi o discendenti predetti. Ma ad esaurire l'argomento che abbiamo preso a sviluppare in questo numero, ci resta ancora di parlare degli *aventi-causa* del figlio; e ricercare se anche rispetto ad essi siano applicabili le stesse norme che l'articolo 178 ha espresse quanto agli eredi e discendenti, ovvero se altri principii e quali debbansi seguire.

Se l'azione in reclamazione di stato sia stata promossa in sua vita dal figlio, potranno proseguirla dopo la sua morte i cessionari di diritti subordinati alla legittimità di stato del figlio stesso, od i creditori di lui? Se invece il figlio sia morto senza avere intentata l'azione il poter essa venir promossa da quei suoi aventi-causa dipenderà dall'avere egli o no compiuti i 26 anni di sua età? Potranno gli aventi-causa medesimi promuover l'azione anche durante la vita del figlio?

---

(1) V. ZACHARIAE, t. II, § 547 *bis*, nª 6, 2ª ediz. Bruxelles.

Per rispondere adeguatamente a queste domande, gioverà richiamare un principio fondamentale già dimostrato altra volta; che cioè gli aventi-causa del figlio non possono promuovere una vera *reclamazione dello stato* personale di lui, ma solo intentare *azioni di oggetto pecuniario*, quantunque connesse a quello stato personale e da esso dipendenti. Partendo da questa massima, è evidente l'impossibilità di ammettere a favore degli aventi-causa del figlio la facoltà di *proseguire l'azione in reclamazione* che da lui sia stata intentata. Essi non possono avere *qualità* legale per proseguire quell'azione, come non l'avrebbero per promuoverla. L'azione *pecuniaria*, che è dato a loro di far valere, ha natura, caratteri ed effetti troppo diversi da quelli di vera reclamazione di stato, per poterla confondere o considerarla come proseguimento di essa.

Ma trattandosi di promuovere l'azione pecuniaria, nella quale gli aventi-causa del figlio sono interessati, appoggiandola allo stato personale di lui, non par da negare agli aventi-causa predetti questa facoltà, anche durante la vita del figlio stesso; se almeno sono fondate, come a noi sembrarono, le teorie sopra esposte, concernenti l'esercibilità delle azioni subordinate alla legittimità di stato, da parte degli aventi-causa, e più specialmente dei creditori del figlio. Se infatti per far valere diritti subordinati alla legittimità di stato del loro autore, i cessionari, i creditori, gli aventi-causa in genere, hanno un'azione propria, fondata sul legittimo loro *interesse pecuniario*, e se questa non può confondersi coll'azione vera di reclamazione di stato, la quale sola devesi considerare come esclusivamente *personale* al figlio; è manifesto che non occorre il bisogno di un atto della volontà di quest'ultimo, per attribuire ai proprii aventi-causa l'esercibilità di quell'azione. Così pertanto anche durante la vita del figlio, e senza che egli vi prendesse parte alcuna, potrebbero i suoi creditori od altri *aventi-causa* esercitare le azioni di oggetto pecuniario, sebbene connesse alla quistione di stato legittimo del figlio

stesso, nelle quali quegli aventi-causa fossero legittimamente interessati (1).

Se il figlio fosse morto dopo compiuti i cinque anni dalla sua maggiore età, sembra che i creditori di lui non potrebbero esercitare azioni dipendenti da quello stato di legittimità che egli non avesse reclamato; poichè da una parte starebbe la presunzione legale che il figlio avesse riconosciuto non competergli diritto a tale reclamazione (art. 178, § 1°, cod. civ.) e dall'altra non potendo i creditori far valere mai ragioni maggiori di quelle spettanti al loro debitore (art. 1234 cod. civ.) non sarebbero ammissibili ad esercitare diritti sebbene pecuniari, il cui abbandono dovrebbe ritenersi compreso in quello che la legge presume relativamente allo stato di legittimità dal quale quei diritti dipendevano. Ma se si trattasse di altri aventi-causa, per es. di cessionari di diritti subordinati alla legittimità di stato del cedente, non agendo essi, come fanno i creditori, in rappresentanza del proprio autore, ma per ragione propria, a cui il fatto e la volontà del cedente non potrebbe mai arrecare nessun nocumento, parrebbe quindi che non dovesse produrre effetti in loro danno la omissione avvenuta da parte del figlio che fosse morto, senz'avere reclamato, dopo cinque anni dalla sua maggiore età; epperò ciononostante, potrebbero quegli aventi-causa esercitare le loro azioni pecuniarie appoggiandole alla dimostrazione della legittimità di stato del loro autore.

21. Dall'art. 177, di cui già altrove riferimmo il testo, vedemmo come l'azione in reclamazione di stato sia dichiarata *imprescrittibile* solo *riguardo al figlio;* donde risulta al contrario la *prescrittibilità* di tale azione in quanto sia esercibile dagli eredi od aventi-causa od anche dai discendenti del figlio stesso. Del che accennammo i motivi, aggiungendo, per ciò che risguarda la prescrittibilità dell'azione

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. I, sect. VI, pag. 122, n° *a*.

attribuibile agli eredi od aventi-causa o discendenti del figlio, alcune considerazioni e sviluppi, che ora ci permetteranno di limitarci qui a semplici richiami di teorie già dimostrate.

Vedemmo la imprescrittibilità dell'azione in reclamazione di stato legittimo spettante al figlio fondarsi sulla natura di tale azione; la quale, come la personalità stessa a cui riguarda, dovendo sfuggire completamente a qualunque influenza di privata volontà, non può quindi prestare materia alla *prescrizione estintiva*, che dovrebbe appoggiarsi alla presunzione legale di un tacito abbandono del proprio diritto di stato personale o più esattamente di un tacito riconoscimento della inesistenza di esso.

Vedemmo all'opposto che l'azione concessa ai discendenti del figlio, quantunque sia essa pure di vera *reclamazione di stato personale*, è però riconosciuta dalla legge come *prescrittibile*, per considerazioni d'alto interesse delle famiglie e pubblico.

Vedemmo eziandio che la prescrittibilità dell'azione attribuita agli *eredi del figlio* è giustificata dal non essere una vera *azione in reclamazione di stato* quella che è per loro esercibile, ma una semplice *azione pecuniaria*, di cui lo stato legittimo del loro autore forma la base giuridica, ma non l'oggetto; ond'è che quella stessa prescrizione per la quale sia estinto il *diritto pecuniario* che gli eredi del figlio pretenderebbero di far valere, impedisce che sia proponibile da parte loro quella quistione di stato del loro autore, la quale soltanto per occasione dell'esercizio di quel diritto pecuniario avrebbe potuto essere da loro presentata. E per uguali, se non maggiori ragioni, dobbiamo ritenere parimente che l'azione esercibile dai creditori od altri aventi-causa del figlio, relativamente alla legittimità di stato di lui, sarebbe soggetta a quella medesima prescrizione che apportasse l'effettiva estinzione del diritto pecuniario per occasione del quale la quistione di stato avrebbe potuto essere proposta dai predetti aventi-causa.

A complemento di questo tema appena può essere bisogno di ricordare l'altra osservazione già fatta, che anche *riguardo al figlio* la imprescrittibilità non è da applicarsi fuorchè all'azione in reclamazione di stato per sè stessa, ma non può valere per le *conseguenze d'interesse pecuniario derivanti dallo stato di legittimità;* sicchè, per esempio, se essendosi aperta una successione, alla quale il figlio sarebbe stato chiamato come erede legittimo, egli avesse osservato il silenzio per trent'anni dalla sua maggiore età, sarebbe estinto per prescrizione il diritto di lui a quell'eredità, non ostante l'imprescrittibilità dell'azione per reclamare il suo stato legittimo.

22. A quali persone possono estendersi gli effetti della sentenza che pronunzi sopra una domanda in reclamazione di stato? È questa una controversia antichissima, sulla quale però nemmeno oggi, dopo tante sapienti discussioni, la dottrina ha potuto stabilire principii così certi da troncare ogni dissidio.

Ne daremo qui qualche cenno, sebbene sia disputa che si lega intimamente alle teorie generali sull'autorità della cosa giudicata; imperocchè la questione verte appunto intorno al vedere se a quelle teorie comuni sia da fare eccezione per riguardo agli effetti della cosa giudicata in materia di reclamazione di stato personale, e la decisione di questo punto dipende dalla natura e dai caratteri speciali di questa azione in reclamazione di stato, che forma argomento delle attuali nostre ricerche.

Secondo i principii generali, l'autorità della cosa giudicata non ha luogo fuorchè rispetto a coloro che furono parti in causa o che vi furono legittimamente rappresentati (art. 1351 cod. civ.). E facendo rigorosa applicazione di questa massima alla soggetta materia, alcuni autori insegnano che la sentenza la quale decida sopra la reclamazione di stato non sia opponibile, nè giovi, fuorchè alle persone le quali abbiano preso effettivamente parte al giu-

dizio, o personalmente, o per mezzo di proprii mandatari convenzionali o legali, o per mezzo dei proprii autori, cui rappresentino a titolo di successione. Così la sentenza che avesse dichiarato taluno figlio legittimo di una donna maritata, non avrebbe autorità di cosa giudicata contro il marito che fosse rimasto estraneo al giudizio; quella che avesse pronunciato sulla domanda in reclamazione di stato formata contro alcuni soltanto dei membri d'una famiglia, non potrebbe essere opposta agli altri parenti che non avessero figurato nel giudizio, nè potrebbe essere invocata da essi; non lo potrebbe quand'anche fossero stati chiamati nel giudizio stesso l'uomo e la donna di cui il reclamante pretendevasi figlio. Anche tra questi stessi opinanti havvi però un punto speciale di disaccordo: avvisando alcuni che *i membri della famiglia non ancora nati al tempo della pronunciazione della sentenza debbano riputarsi come legittimamente rappresentati dalla totalità dei membri attualmente esistenti;* ciò che è negato da altri, più costanti nella rigorosa applicazione dei principii generali relativi all'autorità della cosa giudicata (1).

Un'altra opinione, facendosi forte dell'*indivisibilità*, che è carattere proprio dello stato delle persone, ritiene non potersi seguire così illimitatamente in questa materia le massime comuni circa gli effetti delle sentenze; insegna che, per eccezione alle massime predette, la rappresentanza legittima di coloro che non abbiano preso effettivamente e personalmente parte al giudizio debbasi attribuire, non tanto a quelli a cui essi siano subentrati per titolo di successione, quanto anche alle persone le quali avendo il *principale interesse nella contestazione* possano considerarsi come *legittimi contradittori* e rivestiti d'una specie di mandato, pel quale rappresenterebbero ogni altro minore inte-

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Question d'état*, § 3, art. 1; Zachariae, § 547 *bis*, n° 6; Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, 6°, n° 27-32; Demolombe, t. V, n. 337, s.; Valette sur Proudhon, t. II, pag. 112-113; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. III, n¹ 488 a 493.

ressato. Così la sentenza resa contro amendue le persone delle quali il reclamante si pretendeva figlio legittimo, farebbe stato *a fronte di qualunque altro interessato;* lo farebbe parimente, in caso che quelle persone fossero premorte, la sentenza pronunciata contro *i più prossimi parenti* in amendue le linee; la sentenza proferita contro un solo dei genitori, o contro i più prossimi parenti della linea paterna o della materna avrebbe effetto solamente per tutti i membri di quella linea, ed a maggior ragione poi farebbe stato contro i parenti della stessa linea non ancora nati al tempo della prolazione della sentenza (1).

Per veder chiaro in questa difficile teoria, importa, innanzi tutto, richiamare una distinzione, sulla quale abbiamo ripetutamente insistito nella parte generale di questa trattazione. L'azione intentata è dessa di *vera reclamazione di stato*, od ha un *oggetto semplicemente pecuniario*, e la questione di stato non è proposta fuorchè come mezzo di appoggio all'azione stessa? In quest'ultima ipotesi le regole ordinarie sugli effetti della cosa giudicata non possono che ricevere la più illimitata applicazione. Non è allora caso di argomentare dalla *indivisibilità* dello stato personale. L'indivisibilità non può risultare fuorchè *dalla natura dell'oggetto del diritto controverso;* e se l'oggetto principale e diretto dell'azione promossa è pecuniario, e quindi divisibile, non è lecito di attribuire un diverso carattere all'azione medesima. Trattasi, per esempio, d'una petizione di eredità, o d'una domanda di alimenti che dipende dal procedere l'attore da filiazione legittima. Evidentemente l'azione promossa ha pel suo oggetto tutt'altro carattere che di *indivisibilità*. Quale ragione sarebbevi allora per derogare al principio fondamentale, che l'autorità della cosa giudicata non sta fuorchè tra coloro i quali, o personalmente, o per mezzo d'altri da cui siano stati legittimamente rappresen-

(1) V. Proudhon, t. II, chap. I, sect. IV; Toullier, t. X, n. 216, s.; Duranton, t. III, n. 161, t. XIII, n. 527.

tati o che essi stessi rappresentino, abbiano avuto parte nel giudizio? Questa derogazione non potrebbe essere giustificata se non dalla impossibilità di eseguire contemporaneamente giudicati che intervenissero tra diverse persone in senso opposto; ma al contrario, nelle ipotesi ora fatte, è possibilissima la esecuzione simultanea di due sentenze, l'una delle quali riconosca a favore di un tale un diritto successorio o di alimenti contro una data persona, e l'altra glielo neghi a fronte d'una persona diversa. I principii comuni intorno agli effetti della cosa giudicata dovranno dunque applicarsi in questi rapporti senza limitazione. E poichè sappiamo che se gli *eredi* e gli *aventi-causa* del figlio possono proporre la quistione dello stato legittimo di lui, ciò però non può essere fuorchè per occasione di *azioni di interesse pecuniario*, non mai per *vera reclamazione di stato*, così è certo che la sentenza pronunciata ad istanza di un erede o di un avente-causa del figlio, non potrà mai avere autorità di cosa giudicata se non tra le persone stesse che furono parti in causa o quelle che le rappresentino o fossero da esse rappresentate. Ma se invece si tratti di vera *azione in reclamazione di stato*, la quale abbiamo visto potersi promuovere soltanto *dal figlio o dai discendenti*, la cosa cangia totalmente d'aspetto. Non è possibile allora dimenticare il principio della *indivisibilità dello stato personale*, poichè questo stato costituisce, non solo il fondamento giuridico, ma l'oggetto vero e diretto dell'azione intentata. E tale indivisibilità oppone un ostacolo invincibile a poter applicare in tutta la sua estensione il principio che limita l'autorità della cosa giudicata tra le persone che furono parti in causa; non essendo ammissibile che taluno si consideri come rivestito di uno stato personale, come avente certi rapporti di famiglia, un nome, una qualità civile, un titolo, a fronte di una persona e non di altre. Nè sarebbe possibile, senza incorrere nello assurdo, dare esecuzione contemporanea a due sentenze, l'una delle quali attribuisse ad un individuo una personalità civile, che l'altra gli ne-

gasse. Lo stato personale non sarebbe più allora una qualità reale, ma una maschera, che si potrebbe apporre o togliere secondo le persone di cui uno si trovasse a fronte.

Però, fin dove dovrà o potrà estendersi questa deroga-zione ai principii comuni sull'autorità della cosa giudicata, che ci sembra potersi giustificare col principio della indivisibilità dello stato personale? Diremo forse che la sentenza pronunciata sulla reclamazione di stato debba *sempre giovare ed essere opponibile per tutti i suoi effetti a qualunque interessato?* Ciò sarebbe troppo. Non bisogna dimenticare che in materia di vera reclamazione di stato gl'*interessi materiali* vengono in un ordine affatto secondario, e non altrimenti che come particolari applicazioni degli effetti civili dello stato personale; ma l'interesse morale e giuridico inerente allo stato in sè stesso, e concernente le *relazioni di famiglia*, è assolutamente preponderante. Posto ciò, sarà appunto nei rapporti di famiglia, nei vincoli tra coloro che la compongono, che dovremo rintracciare gli elementi per determinare le persone tra le quali abbia a produrre i suoi effetti la sentenza che pronunci sulla reclamazione di stato; avendo però sempre dinanzi agli occhi questa massima fondamentale, che ai principii generali sugli effetti della cosa giudicata non abbiasi a derogare, se non dove faccia ostacolo alla loro applicazione il carattere d'indivisibilità che è proprio dell'oggetto della decisione pronunciata, consistente nello stato della persona.

Stabilita così la base dell'attuale nostra ricerca, ci sembra necessario considerare separatamente la *parte attrice* dalla *convenuta* nel giudizio di reclamazione di stato; per determinare a quali persone dall'una e dall'altra parte possano estendersi gli effetti della sentenza proferita. Postici in questo campo, troviamo due principii fondamentali che ci soccorrono; l'uno, che il rapporto di discendenza legittima si comunica necessariamente dal figlio immediato e dai discendenti più prossimi, man mano ai più remoti; l'altro, che la discendenza legittima da una determinata

persona trae seco per necessaria conseguenza la parentela pure legittima con coloro che appartengono alla famiglia dell'individuo da cui si discende. Così, se Tizio sia dichiarato figlio legittimo di Sempronio, il figlio di Tizio sarà implicitamente, ma necessariamente, ritenuto come discendente legittimo di Sempronio, l'altro figlio di Sempronio come fratello di Tizio, il fratello di Sempronio come zio di Tizio, ecc.

Ciò posto, riprendiamo le nostre indagini relativamente alle persone alle quali possano estendersi gli effetti della sentenza sulla reclamazione di stato, da parte dell'attore o del convenuto rispettivamente.

La sentenza predetta farà certamente stato contro od a favore dei discendenti ulteriori del reclamante; poichè ad essi si comunica necessariamente lo stato personale di cui trovisi rivestito il loro autore, e poichè d'altra parte se per essere stato riconosciuto espressamente, o tacitamente secondo la disposizione dell'art. 178, dal figlio immediato, di non aver diritto a reclamare lo stato legittimo, è tolto ai discendenti di poter più promuovere l'azione di reclamazione, è coerente che la sentenza la quale abbia reietta la istanza di lui debba essere opponibile anche ai discendenti medesimi. Ma non potrà mai avvenire che faccia stato pel figlio immediato o pel discendente più prossimo la sentenza provocata dal più remoto; giacchè durante la vita del figlio immediato non è concesso ai discendenti suoi di promuovere l'azione in reclamazione di stato.

Quanto alla parte convenuta; se l'azione sia stata intentata contro un solo dei coniugi, essendo essi superstiti amendue, la sentenza non sarà opponibile all'altro coniuge, nè varrà a profitto di lui. In ciò la dottrina è concorde. Potrebbe a primo aspetto parere contraddittorio l'ammettere che taluno potesse considerarsi come figlio legittimo d'un coniuge e non dell'altro, mentre la legittimità suppone che si proceda da due persone legate tra loro dal vincolo coniugale. Ma basta una breve riflessione a per-

suadere la giustizia di questa massima. I due coniugi sono in condizioni perfettamente uguali. Non vi è ragione perchè il contratto giudiziale d'uno di loro obblighi l'altro, in ordine alla legittimità della prole che sarebbe a loro comune. D'altra parte l'indivisibilità caratteristica dello stato personale non trae seco la necessità che ciò che è constatato giudizialmente sulla filiazione legittima rispetto ad uno dei coniugi, si applichi identicamente anche all'altro; essendo concepibile che i rapporti civili nascenti dalla filiazione legittima sussistano e producano i loro effetti tra una data persona ed uno dei coniugi e la sua famiglia, e non tra quella persona e l'altro coniuge e la sua famiglia. Non vi è dunque, in questo rapporto, motivo che basti a giustificare una derogazione ai principii comuni sugli effetti della cosa giudicata (1). Per simili considerazioni si dimostra parimente che, se l'azione sia stata intentata contro il solo coniuge superstite, la sentenza non avrà verun effetto pei parenti del coniuge predefunto; e se, premorti amendue i coniugi, sia stata intentata contro i parenti d'una delle due linee, la sentenza non avrà autorità di cosa giudicata pei parenti dell'altra linea. Ma la sentenza proferita tra il reclamante ed uno dei coniugi da cui esso pretende discendere legittimamente, varrà come cosa giudicata per tutti i parenti di quel coniuge; perciocchè lo stato di parentela legittima è conseguenza giuridica diretta della filiazione legittima che qui supponiamo constatata giudizialmente, ed è il portato necessario della *indivisibilità* dello stato personale che da quella sentenza è riconosciuto. L'attore, che fu dichiarato figlio legittimo di Tizio, non avrebbe intiero lo stato che gli compete in forza di questa sentenza, se non fosse insieme riconosciuto come fratello dell'altro figlio di Tizio, come nipote del fratello di questo, ecc. perocchè tutte queste sono conseguenze giuridiche dirette,

---

(1) V. Toullier, t. X, n. 225; Duranton, t. III, n. 102; Zachariae, § 547 *bis*, n. 6; Demolombe, t. V, n. 314; Laurent, t. III, n. 489.

necessarie, non abbisognanti di dichiarazione giudiziale, che derivano di per sè dallo stato personale che gli è attribuito.

Se poi supponiamo che, premorti amendue i coniugi, la reclamazione di stato sia promossa contro alcuno dei parenti loro, sembra che debbano riprendere pieno vigore i principii comuni sui limiti dell'autorità della cosa giudicata, la quale quindi non debba avere alcun effetto rispetto ad altri parenti rimasti estranei al giudizio; imperciocchè le considerazioni sopra dimostrate non hanno qui applicabilità, ed è perfettamente concepibile che i rapporti giuridici di parentela si considerino come esistenti tra l'attore ed il convenuto, e non tra l'attore ed un altro parente di quest'ultimo; nè quindi si scorge ragione sufficiente perchè l'indivisibilità caratteristica dello stato personale debba qui far derogare ai principii comuni relativi alla estensione degli effetti della cosa giudicata. Solo potrebbe ammettersi una limitazione a questa regola rispetto ai *figli o discendenti del convenuto*, ritenendo come trasmessi a loro dal proprio genitore od ascendente, insieme allo stato di filiazione legittima, quei rapporti di parentela in cui egli si trovi costituito.

Tali ci sembrano le massime da adottarsi come direttive in questo grave e difficile argomento; sul quale veramente sarebbe stato desiderabile che la legge si pronunciasse con qualche disposizione espressa.

In favore del sistema più radicale che darebbe piena ed illimitata applicazione, anche in materia di stato personale, ai principii comuni sull'autorità della cosa giudicata, suolsi addurre l'argomento tratto dalla disposizione dell'art. 100 cod. Francese, 402 cod. Italiano secondo il quale " La " sentenza di rettificazione (d'un atto di stato civile) non " può mai essere opposta a quelli che non concorsero a " domandare la rettificazione, o non furono chiamati nel " giudizio ". Ed un celebre autore ha detto che anzi *a maggior ragione* dovrebbesi applicare la medesima mas-

sima *alle sentenze molto più importanti che decidono sullo stato stesso della persona* (1). Ma tra l'un caso e l'altro havvi una differenza gravissima, che non sembra permettere l'argomentazione di analogia. Nel giudizio di rettificazione vi è già un atto dello stato civile che *fa stato per tutti*, e che si vuol modificare. È dunque razionale che la modificazione non abbia effetto se non sotto la completa osservanza dei principii fondamentali sull'autorità della cosa giudicata; epperò la legge lo ha *espressamente* dichiarato. Non è così pel caso di reclamazione di stato.

§ II. — *Dell'azione in contestazione di stato legittimo.*

Sommario. — 23. Principii generali. — 24. Da quali persone e contro chi si possa esercitare l'azione in contestazione di stato. — 25. Se essa debba considerarsi come inerente esclusivamente alle persone alle quali sia attribuita. — 26. Se sia trasmissibile. — 27. Se sia alienabile. — 28. Se sia prescrittibile. — 29. Della *cosa giudicata* in materia di contestazione di stato.

23. Secondo i principii esposti preliminarmente in questa sezione, l'*azione in contestazione di stato*, intesa nel senso speciale riferibile alla *filiazione legittima*, *è quella per la quale si chiede che sia dichiarato non appartenere ad una determinata persona lo stato di filiazione legittima di cui ella abbia il possesso di fatto o di diritto*. E poichè, come osservammo, con tale azione s'impugna direttamente *la filiazione* medesima, piuttostochè soltanto *la legittimità* di essa, e fra le condizioni costitutive dello stato legittimo è la prima di tutte, quella della *maternità*, che forma oggetto della controversia; l'azione predetta non può pertanto aver luogo se non quando si contraddica alla *filiazione materna* od all'*identità della persona* che dello stato di figlio legittimo sia in possesso.

Alloraquando il possesso dello stato di filiazione legittima fosse ad un tempo *di fatto e di diritto*, la contesta-

(1) V. Demolombe, t. V, n. 321.

zione di quello stato non sarebbe ammissibile, come sarà dimostrato più ampiamente nella sezione successiva; poichè l'art. 173 del codice civile dichiara espressamente nel secondo paragrafo, che " non si potrà muovere con-" troversia sopra lo stato legittimo di colui il quale ha un " *possesso conforme all'atto della sua nascita* „. Ma da questa stessa disposizione segue chiaramente essere ammissibile la contestazione dello stato quando esso non risulti fuorchè da uno degli accennati due mezzi di prova, o quando tra questi non siavi concordanza; sicchè possa dirsi che il possesso di quello stato sia soltanto *di fatto* o soltanto *di diritto*. Ed è parimente manifesto che se mancasse tanto l'uno quanto l'altro di quei mezzi di prova, se una persona non avesse nè il *possesso di fatto* dello stato legittimo, nè quella specie di *possesso di diritto* che risulta dall'atto di nascita, sarebbe non meno inammissibile l'azione in contestazione; ma allora per un motivo diverso, se non piuttosto contrario, di quello che la rende inammissibile allorchè concorrano in piena conformità il possesso di fatto e le risultanze dell'atto di nascita, poichè cioè chi non abbia *nè possesso nè titolo* non può dirsi avere uno stato, nè d'altra parte può concepirsi come possibile la contestazione di ciò che non abbia esistenza veruna, nemmeno apparente. Bisogna tuttavia guardarsi in ciò dal confondere la vera *azione in contestazione di stato* colla semplice *difesa* che si *opponga ad un'azione in reclamazione*. È manifesto infatti che qualora una persona, mancando tanto in fatto quanto in diritto d'ogni maniera di possesso dello stato legittimo, si facesse a reclamarlo, sarebbe caso di potersi il convenuto difendere contro l'azione promossa, facendo *la prova contraria con tutti i mezzi atti a dimostrare che il reclamante non fosse figlio della donna ch'egli pretendesse di avere per madre* o che *almeno non fosse figlio del marito della madre qualora fosse provata la maternità* (art. 176 cod. civ.).

" La legge — così osservò a tale proposito un illustre " autore — non dice quando si faccia luogo all'azione in

" contestazione di stato: dice soltanto che lo stato legit-
" timo d'una persona non può essere contestato qualora
" essa abbia un possesso conforme all'atto della sua na-
" scita (art. 322 cod. N. = 173 al^a^. cod. It.). Da ciò segue
" che lo stato può essere contestato quando esso non riposi
" che sopra una sola di queste due prove, l'atto di nascita
" o il possesso di stato. È necessario che il figlio abbia in
" proprio favore o il possesso od un titolo, affinchè possa
" muoversi contestazione allo stato di lui; perchè se non
" ha nè titolo nè possesso, allora legalmente gli manca
" uno stato, e non è contestabile ciò che non esiste affatto.
" Non si può dunque intentare azione contro colui che non
" ha stato legittimo; ma ben si potrebbe difendersi contro
" l'azione in reclamazione di stato, che fosse proposta dal
" figlio mancante di titolo e di possesso e chiedente d'es-
" sere ammesso alla prova testimoniale della sua filiazione:
" com'è dichiarato espressamente nell'art. 325 (176 codice
" Italiano) „ (1).

24. Quanto alle persone dalle quali possa essere esercitata l'azione in contestazione di stato, abbiamo già avuto occasione di accennare incidentemente come ciò debba ritenersi concesso a *chiunque vi abbia interesse*. La legge ha limitato, come vedemmo, a certe persone soltanto l'esercizio dell'*azione in reclamazione di stato* (art. 177, 178 cod. civ.); e similmente, troveremo appresso essere stata fatta limitazione delle persone dalle quali può essere proposta l'*azione in disconoscimento della paternità*, non *attribuendo* una tale azione che *al marito*, e sotto certe condizioni anche *agli eredi* di lui (art. 166, 167 cod. civ.). Ma all'opposto, nulla essendosi detto per riguardo *all'azione in contestazione di stato*, per ciò stesso deve naturalmente seguirne che la proponibilità di essa resti soggetta all'impero del principio comune, secondo il quale *ogni azione può*

(1) V. Laurent, t. III, n 482.

essere promossa da chiunque vi abbia un *interesse legittimo nato ed attuale*, se la legge non abbia stabilite limitazioni in proposito. D'altronde già dimostrammo in parte come questo, che si trae dal testo della legge, sia anche conforme ai principii teorici; secondo i quali una tale differenza, tra le accennate *azioni di stato*, rimane facilmente giustificata. L'azione infatti *per reclamare lo stato legittimo* non avrebbe potuto, per la stessa natura sua, essere attribuita ad altre persone fuor di quelle che furono designate negli art. 177, 178; cioè *al figlio* od ai *discendenti* di lui, in quanto l'esercizio di essa si fondi sul solo *interesse morale* inerente allo stato personale considerato in se stesso; *agli eredi del figlio* in quanto si fondi sopra *interessi pecuniarii*. L'azione poi per *disconoscimento di paternità* viene *contro la presunzione legale di paternità del marito*, che per motivi di evidente interesse generale fu stabilita dalla legge in favore del figlio concepito durante il matrimonio. Era dunque razionale che non si permettesse di attaccare e distruggere questa importantissima presunzione di legge, se non a persone e per cause tassativamente determinate dalla legge stessa, e sotto altre limitazioni di termini e di forme speciali. Ma all'opposto l'*azione in contestazione di stato* non tende a combattere nessuna presunzione legale. Suo scopo è soltanto il dimostrare che *manchi in fatto ogni fondamento alla presunzione di legittimità*, perchè non sussista la filiazione materna o l'identità personale del figlio. Non vi è pertanto ragione alcuna perchè quest'azione sia sottratta alla completa applicazione dei principii comuni di diritto, anche quanto alle persone che possano esercitarla.

Affinchè *l'interesse*, che s'invochi a fondamento dell'azione in contestazione di stato, possa considerarsi come *legittimo*, non è necessario che l'oggetto ne sia *pecuniario*, ma può bastare anche il semplice *interesse morale*. Interessi di questa natura devono essere necessariamente sufficienti a giustificare l'azione, quando l'oggetto di essa sia appunto, od esclusivamente od almeno *principalmente, morale;* e tale

precisamente è il carattere di quelle *azioni* il cui oggetto consista nello *stato delle persone*, che è prima di tutto un *diritto morale*. È ammessa perciò, senza contrasto, dalla dottrina e dalla giurisprudenza la massima che “ quando “ taluno si attribuisca il nome ed i titoli distintivi d'una “ famiglia, ogni persona appartenente *legittimamente* a “ quella famiglia, può fargli proibire giudizialmente di por- “ tare quel nome e quei titoli, contestandogli lo stato a cui “ pretenderebbe „ (1). Da *persone estranee alla famiglia* non potrebbe essere proposta la questione di stato, se non appoggiandosi all'allegazione d'un *interesse pecuniario, legittimo ed attuale*. Al contrario *per qualunque degl'individui della famiglia* l'azione è, ben s'intende, esercibile se fondata sopra un interesse pecuniario, ma può esserlo ancora nonostantechè l'interesse sia *solamente morale*.

La distinzione tra i casi in cui l'azione di contestazione di stato si fondi sopra un interesse pecuniario o sopra l'interesse semplicemente morale, serve eziandio a determinare contro quali persone quell'azione possa essere esercitata. Lo *stato*, considerato soltanto come *diritto morale*, non può essere contestato fuorchè direttamente contro la persona stessa che come figlio o discendente legittimo ne sia in possesso. Se invece l'azione abbia per oggetto diretto un interesse pecuniario, per esempio un diritto di successione, e la contestazione dello stato non sia che un *mezzo per dimostrare il fondamento giuridico di quel diritto*, e quindi la legittimità dell'interesse che forma base dell'azione, questa sarà naturalmente esercibile, non solo contro la persona stessa investita del possesso dello stato di filiazione legittima, ma eziandio contro i suoi successori o aventi causa, i quali la rappresentino in quell'interesse pecuniario che sia materia principale e diretta della controversia.

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Questions d'état*, § III, art. 2, n. 6; Zachariae, § 547 *bis*, nª 1 in fine; Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, nª 12; Demolombe, t. V, n. 325; Laurent, t. III, n. 483, pag. 611, 612.

La stessa distinzione ha pure un'importanza non meno grande nella risoluzione dei dubbi che possono presentarsi intorno agli speciali caratteri giuridici da attribuirsi all'azione in contestazione di stato; intorno cioè a decidere se essa debba considerarsi come *inerente esclusivamente alle persone* alle quali propriamente appartenga, e se debba ritenersi *intrasmissibile, inalienabile, imprescrittibile.* Dei quali argomenti ci occuperemo separatamente nei numeri successivi.

25. Il carattere d'una stretta *personalità* non può certamente negarsi all'*azione in contestazione*, in quanto essa abbia per oggetto diretto lo stato legittimo, considerato esclusivamente nei suoi *rapporti morali*. L'*interesse morale* che dà fondamento all'azione essendo allora esclusivamente inerente alla persona a cui essa compete, ne è conseguenza necessaria la personalità altrettanto rigorosa dell'azione medesima. Mentre pertanto ognuna delle persone appartenenti per vincolo di parentela legittima alla famiglia, può agire in contestazione contro chi ingiustamente possieda lo stato di filiazione legittima; è manifesto però che coloro i quali, come aventi-causa di tali persone, siano autorizzati a far valere, in nome e rappresentanza di esse, i diritti d'oggetto pecuniario che loro appartengano, non potrebbero esercitare l'azione predetta, siccome spettante ad un ordine affatto diverso, a rapporti semplicemente morali. Nè varrebbe in contrario la possibile influenza dello stato personale anche sopra eventuali rapporti d'interesse pecuniario; poichè laddove un'azione debba fondarsi sopra un interesse di questa natura, non basta ch'esso possa eventualmente verificarsi in futuro, ma è necessario che sia *legittimo ed attuale*. Non può dunque dubitarsi della inapplicabilità della disposizione generale dell'art. 1234 c. c. rispetto all'esercizio dell'azione in contestazione di stato; nè i creditori di ciascuna delle persone appartenenti alla famiglia rispetto alla quale la contesta-

zione si promuoverebbe, potrebbero appoggiare l'azione che in rappresentanza delle persone medesime pretendessero d'esercitare, all'allegazione di quegli eventuali interessi pecuniari che dalla dichiarazione giudiziale, conforme alla fatta contestazione, potrebbero in futuro dipendere.

Per altra parte però bisogna guardarsi dall'estendere troppo questo concetto della *personalità* dell'azione, anche considerata nei puri rapporti morali. Gli effetti di tale personalità si limitano ad impedire che altri, *come successori od aventi-causa* di colui al quale l'azione normalmente compete, possano esercitarla in rappresentanza di lui ma *nell'interesse anche proprio.* Se all'opposto si tratti di far valere la rappresentanza, non per titolo di successione universale o particolare, ma per titolo di mandato convenzionale o legale, di modo che l'azione si eserciti *nell'interesse esclusivo di colui al quale veramente appartiene,* è evidente come non possa farvi ostacolo la personalità dell'azione stessa. Così non v'ha dubbio che l'azione *in contestazione*, come quella *in reclamazione* di stato, potrebbe essere esercitata, in nome d'un minorenne che vi avesse diritto, da chi ne fosse tutore; salvo l'adempimento delle necessarie forme abilitanti. Non trattasi infatti d'un diritto che appartenga alla classe di quelli dei quali è *strettissima la personalità*, non tanto pel *godimento*, quanto anche *per l'esercizio* loro; ma si tratta invece d'un diritto di cui è *personale* il *godimento, ma l'esercizio può effettuarsi* per *mezzo d'altri* da cui sia legittimamente rappresentata la persona alla quale ne appartiene il godimento.

Considerando ora la contestazione di stato, non più nel rapporto morale solamente, ma in quanto formi oggetto diretto dell'azione una cosa d'interesse pecuniario, sicchè la questione di stato non sia posta in campo fuorchè come un *mezzo per dimostrare legittimamente fondato il diritto pecuniario* che principalmente e direttamente si reclami, riesce facile il riconoscere l'applicabilità di teorie ben diverse da quelle superiormente esposte.

L'interesse pecuniario non essendo, per natura sua, così strettamente inerente alla persona alla quale spetta, come avviene dell'interesse morale, ma potendo passare da quella ad altre persone che da essa abbiano causa; dovrà seguirne che nemmeno all'azione fondata su quell'interesse possa attribuirsi un tale carattere di stretta personalità. Così ai creditori che, prevalendosi del benefizio dell'articolo 1234 del codice civile, agissero in nome del loro debitore per rivendicare una eredità come a lui devoluta, non mancherebbe la qualità per poter proporre, contro il possessore dell'eredità stessa, la contestazione di quello stato di legittimità a cui questi appoggiasse l'affermazione del proprio diritto alla successione.

26. I principii svolti nel numero precedente sono applicabili congruamente anche per risolvere l'altro quesito; se l'azione in contestazione di stato possa o no considerarsi come trasmissibile dalle persone alle quali apparterrebbe in proprio, ad altre che a loro succedano per titolo universale o particolare.

Se infatti consideriamo l'azione di *contestazione di stato* propriamente detta, quella che si fonda *sul solo interesse morale* inerente allo stato personale per sè, quella che ha per oggetto precipuo e diretto lo stato medesimo, indipendentemente dalle particolari conseguenze d'interesse pecuniario che possano derivarne; è manifesto, per le ragioni superiormente esposte, non potersi riguardare quell'azione fuorchè come *essenzialmente non trasmissibile*. Trasmissibile non potrebbe essere per verun titolo, fosse poi *universale o particolare;* poichè qualunque trasmissione di un diritto da una ad altra persona suppone sempre che l'oggetto di quel diritto sia *pecuniario*, mentre ogni diritto d'ordine puramente morale essendo per necessità *strettamente inerente alla persona* a cui appartiene, sorge da ciò stesso un ostacolo insuperabile contro qualunque idea di trasmissibilità. Non solo pertanto sarebbe assolutamente inefficace

qualunque disposizione o contratto con cui si volesse, da chi avesse in proprio l'azione per contestare lo stato altrui, trasmetterla ad altri a titolo particolare; ma nemmeno per titolo di successione universale potrebbero gli eredi considerarsi come investiti legittimamente di quell'azione, che avesse appartenuto al loro autore. Nè ciò costituisce poi una differenza tra l'azione *in contestazione* e quella *in reclamazione di stato*. Della quale ultima abbiam visto veramente come l'art. 178 ne riconosca la esercibilità a *favore degli eredi* del figlio, ma abbiamo pure dimostrato richiedersi come condizione essenzialmente necessaria, quantunque non espressa dalla legge, che l'azione medesima si fondi *sopra un interesse pecuniario, legittimo ed attuale;* condizione la quale non si verificherebbe nella ipotesi che ora facciamo circa la contestazione di stato. Potrà accadere bensì che le stesse persone, le quali siano eredi di un'altra a cui l'azione in contestazione dello stato altrui apparteneva, possano a loro volta esercitarla esse stesse; ma ciò faranno in virtù della qualità propria personale di *membri della famiglia*, e quindi *per diritto proprio*, indipendentemente da qualunque idea di trasmissione ereditaria di quell'azione. La quale idea tanto infatti è lungi dall'essere ammissibile che, anche prima dell'aprimento della successione, quelle persone avrebbero potuto esercitare l'azione in contestazione di stato *concorrentemente* con colui al quale poscia succedettero; poichè, come abbiamo visto, *tutti indistintamente i membri della famiglia* possono contestare lo stato di chi pretende illegittimamente di appartenerle, partecipando ugualmente tutti a quell'*interesse morale* che è proprio di una tale contestazione.

Se in vece dell'azione vera in contestazione di stato, consideriamo piuttosto l'azione avente un oggetto di interesse pecuniario, la quale però sia connessa alla quistione dello stato di filiazione legittima perchè dalla esistenza o non di tale stato dipendano i diritti affermati rispettivamente dall'una o dall'altra delle parti contendenti; essendo

allora naturalmente trasmissibile quell'oggetto d'interesse pecuniario, dovrà derivarne di necessità la influenza d'una tale trasmissibilità anche rispetto alla proponibilità della quistione di stato. Così, se di una eredità si trovi far parte un diritto successorio, che sarebbesi già devoluto a favore della persona della cui eredità si tratta, ovvero un simile diritto sia stato ceduto dalla persona in cui favore erasi devoluto, ad un'altra; e se l'erede o il cessionario, per esercitare l'acquistato diritto successorio, abbisognino di agire in petizione di eredità contro chi della eredità stessa sia possessore per la qualità che gli deriverebbe dal preteso suo stato legittimo; l'erede predetto, sebbene non appartenente alla famiglia del possessore, od il cessionario, potranno proporre la questione di stato; poichè l'acquisto da essi fatto, per titolo di successione testamentaria o di cessione, del diritto successorio, a far valere il quale è necessaria una tale contestazione, costituisce quello *interesse pecuniario*, legittimo ed attuale, che basta per conferire a loro la qualità occorrente onde promuovere una tale questione.

27. Le massime esposte nel numero precedente, riguardo alla *trasmissibilità*, o non, dell'azione in contestazione di stato, comprendono altresì la soluzione dell'altro quesito intorno all'essere essa *alienabile* od *inalienabile*. In fatti l'alienazione non è altro in sostanza che un mezzo di trasmissione di diritti, che dipende da volontà dell'uomo; e vedemmo come le massime sopra ricordate devansi applicare a qualunque specie o titolo di trasmissione, per cui l'azione in contestazione di stato avrebbe a passare, dalla persona alla quale per diritto apparteneva, ad un'altra. Così siamo senz'altro indotti a mantenere le massime predette nel senso, adottato infatti concordemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che *se si consideri l'azione in contestazione di stato per sè stessa, dal lato morale soltanto*, e prescindendo dai particolari interessi pecuniari che pos-

sono conseguirne, quell'azione deve ritenersi come non suscettibile di alienazione per qualsivoglia titolo; ma che al contrario potendosi alienare i diritti particolari di interesse pecuniario, che dall'esito dell'azione in contestazione di stato abbiano a dipendere, e da questo interesse pecuniario derivando, *a chiunque possa legittimamente allegarlo*, l'esercibilità delle azioni necessarie per conseguire l'attuazione dei proprii diritti, deve quindi competere agli acquirenti di essi la facoltà di proporre al predetto fine la questione di stato.

A questo punto però occorre di dovere ampliare le idee, e generalizzare maggiormente nei principii. Non è dei soli atti di alienazione propriamente detti che dobbiamo parlare, ma è da applicarsi, a questa specialità dell'azione in contestazione, il principio generale già dimostrato superiormente in ordine a tutte le *quistioni di stato;* che cioè, attenendosi esse eminentemente e strettissimamente all'ordine pubblico, *non possono mai essere oggetto di nessuna convenzione, di nessuna rinunzia, di nessuna transazione*. Ciò, del resto, è conforme alla massima fondamentale proclamata nell'art. 1116 del cod. civ., secondo la quale *le sole cose che sono in commercio possono formare oggetto di contratto*. Non varrebbe l'obiettare che l'essere o no una cosa in commercio dipende dalla volontà del legislatore; nè d'altra parte può ritenersi, contro i principii comuni, sottratta una cosa al commercio, e quindi non suscettibile di formare oggetto di contratto, quando il legislatore medesimo non abbia fatta in proposito una chiara disposizione. Non sarebbe perfettamente esatta la premessa: imperciocchè non dipende da solo arbitrio della autorità legislativa il permettere od impedire che certe cose siano in commercio. Alcune di esse, che per la natura loro sarebbero capaci di privato dominio, possono essere sottratte al commercio in forza di disposizioni legislative, dettate per motivi d'interesse anche pubblico; ma altre invece sono assolutamente, e *per cause intrinseche ed essenziali*, nella

impossibilità di formare oggetto di contrattazione privata; e su queste naturalmente nulla potrebbe la volontà delle parti interessate; nè la disposizione stessa della legge ragionevolmente potrebbe, subordinandole a tale volontà, renderle suscettibili di commercio. A questa ultima classe appartiene appunto lo *stato personale;* chè quantunque esso sia sorgente da cui possono derivare eziandio importanti diritti pecuniari, non è però costituito veramente da tali diritti, senza i quali potrebbe ancora esistere, ma ne formano elementi sostanziali il sangue, le condizioni, le relazioni di famiglia, l'onore che vi si annette; cose tutte che sono per sè essenzialmente ed assolutamente ripugnanti a qualunque idea di contrattazione, di commercio. Ne segue pertanto che in qualunque convenzione si volesse fare intorno allo stato di una persona, e quindi anche relativamente alla *contestazione di stato legittimo*, mancherebbe assolutamente uno dei requisiti *essenziali alla formazione di ogni contratto*, cioè una cosa *che potesse formarne oggetto;* epperò la convenzione che si fosse stabilita dovrebbe riguardarsi, più che come *annullabile*, come *inesistente assolutamente* agli occhi della legge, e tale quindi, indipendentemente da qualunque dichiarazione giudiziale, da non poter produrre mai veruno effetto giuridico.

Ciò che abbiam detto di qualunque convenzione relativa alla contestazione di stato, deve ripetersi, per uguali ragioni, dell'*atto unilaterale di rinunzia* che taluno facesse all'azione che potesse competergli per contestare lo stato altrui. La rinunzia suppone pure in chi la emette la *facoltà di disporre di ciò che ne forma oggetto.* Ora non è nemmeno concepibile che alcuno possa disporre delle proprie relazioni di famiglia, cioè di una cosa che appartiene nella sua essenza all'ordine morale, che è d'interesse generale. L'atto di rinunzia sarebbe dunque anch'esso, più che nullo, *deficiente assolutamente di esistenza giuridica.*

Da questo principio possono trarsi ulteriori conseguenze importanti.

Così un atto di *riconoscimento* dello stato legittimo, non impedirebbe a chi lo avesse emesso di potere più tardi intentare l'azione di contestazione dello stato medesimo; poichè la rinunzia che in quell'atto si conterrebbe dovrebbe riguardarsi come inesistente.

Allo stesso modo chi, avendo promossa l'azione in contestazione, ne avesse poi desistito, potrebbe ciò non ostante intentare di nuovo l'azione stessa; quando anche non si trattasse di semplice *rinunzia agli atti del giudizio*, la quale annulla soltanto la procedura senza estinguere l'azione, ma vi si riscontrassero gli estremi di una vera *rinunzia all'azione stessa*.

Parimente se chi aveva intentata l'azione in contestazione, avendola veduta respinta in prima istanza, si fosse acquietato alla sentenza, questa acquiescenza non potrebbe essergli di ostacolo ad interporre appellazione. Bene è vero che il soccombente avrebbe potuto non appellare, il che avrebbe valuto lo stesso che un'acquiescenza tacita pienamente efficace. Ma in questo caso sarebbe l'autorità della cosa giudicata che si imporrebbe per la necessità che sia pur posto un termine alle contestazioni qualunque ne sia l'oggetto. Invece l'acquiescenza ad un pronunziato della autorità giudiziaria, che non abbia acquistato ancora la forza di cosa giudicata, non potrebbe veramente considerarsi sotto altro aspetto che di una *rinunzia all'azione in contestazione di stato*; rinunzia, come abbiamo visto, a cui non potrebbesi riconoscere una esistenza giuridica efficace (1). Ancora per identiche ragioni, non sarebbe opponibile alla parte che agisse in contestazione di stato la *confessione* giudiziale o stragiudiziale, che essa avesse emessa circa lo stato medesimo; poichè ciò equivarrebbe ad opporle un atto di riconoscimento, una rinunzia all'azione di contestazione, ciò che fu dimostrato inammissibile.

---

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. III, n. 427, pag. 538, n. 484, pag. 612, s.

Del pari non potrebbe essere deferito, in questa specie di controversia riguardante la contestazione di stato, il *giuramento decisorio*. Dappoichè, se l'atto di deferire il giuramento si considera nel solo aspetto *della prova*, esso riducesi sostanzialmente ad un *mezzo per ottenere dalla parte avversaria una specie di confessione tacita della verità dei fatti, allegati da chi lo deferisce* (v. art. 1367 cod. civ.); e sotto questo punto di vista è chiara la inammissibilità di un mezzo diretto ad ottenere una confessione tacita, laddove la stessa confessione espressa non avrebbe efficacia alcuna. Se poi si considera l'atto di deferimento del giuramento decisorio in rapporto a quella specie di contratto giudiziale che ne sorge tra le parti, questo contratto contiene gli estremi d'una *transazione;* in quanto *la parte che avrebbe l'onere della prova* riesce a riversare sull'avversario il carico della prova contraria, col sottomettersi alla dichiarazione dell'avversario medesimo, purchè sia fatta sotto il vincolo del giuramento. Ed anche da questo altro punto di vista si rivela l'inammissibilità di un tal mezzo; dappoichè è esclusa questa materia, come ora dimostreremo più ampiamente, ogni possibile efficacia giuridica di una *transazione* qualunque (1).

La transazione infatti essendo un contratto pel quale le parti, tra cui pende o può sorgere una lite, vi pongono fine o la prevengono, col sacrificare ciascuna una parte delle proprie pretensioni (v. art. 1764 codice civile), deve seguirne che se una transazione abbia per oggetto la contestazione dello stato d'una delle parti, sia essa da considerarsi come assolutamente inesistente in diritto, per un triplice motivo; perchè lo stato personale non può essere mai oggetto di un contratto qualunque; perchè per la transazione in ispecie è necessario avere *la capacità di disporre degli oggetti compresi in essa* (art. 1765 cod. civ.) e niuno può disporre dello stato personale sulla cui contestazione

---

(1) V. Laurent, l. c.

si transigerebbe; perchè in fine questo speciale contratto conterrebbe una *rinunzia a diritti di stato personale*, la quale sarebbe anche di per sè completamente inefficace.

Se di questa massima si cerchi la conferma in un testo positivo, essa ci è recata evidente dall'art. 8 del codice di procedura civile. Esiste la più grande analogia tra i principii che regolano il *compromesso* e quelli della *transazione;* e questa analogia dev'essere poi completa in ciò che concerne le cose che possano formare oggetto dell'uno o dell'altro contratto. Ora il sopracitato articolo 8 del codice di procedura civile, dichiara nel secondo paragrafo che " non " si possono compromettere *le quistioni di stato*, di separa- " zione tra coniugi, *e le altre che non possono essere tran-* " *satte* „. La quale disposizione non ci offre pertanto collo escludere *il compromesso* intorno alle quistioni di stato, un semplice *argomento di analogia* per estendere una tale esclusione anche alla *transazione;* ma reca inoltre, rispetto a quest'ultima, una dichiarazione di massima esplicita, collo annoverare *tutte le quistioni di stato tra quelle che non possono essere transatte.*

Così sembra manifestamente adottata dal testo espresso della nostra legge quella dottrina che era preferita dal maggior numero degli autori francesi (1). Non le mancò per altro qualche illustre contradittore.

Il *Troplong* insegnò una distinzione, che fu accolta in alcuni arresti anche dalla Corte di cassazione e da qualche Corte d'appello in Francia. " O la transazione (diceva egli) " è *favorevole allo stato della persona*, ed allora essa è *va-* " *lida ;* o *tende a distruggere quello stato*, ed in tal caso essa " *non può avere esistenza* giuridica „ (2). Secondo questa teoria, pertanto, la transazione in cui si contenesse una rinuncia alla contestazione di stato, un riconoscimento

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Transactions*, § V; Zachariae, § 547 *bis*, n^a^ 3; Duranton, t. III, n. 102; Demolombe, t. V, n^i^ 331 a 334; Laurent, t. III, n. 484;

(2) V. Troplong, *Des transactions*, art. 2045, 2046, n. 63, s.

dello stato medesimo, dovrebbe avere piena efficacia, siccome *favorevole allo stato della persona.*

Il celebre giureconsulto francese appoggiava la sua prima opinione ad un testo delle leggi romane (L. 10, Cod. *de transactionibus*). Ma veramente quella legge decideva un caso in cui l'oggetto principale della transazione era stato un *diritto di successione;* e in tale ipotesi bisogna seguire, come già dimostrammo e vedremo anche riconfermato tra breve, teorie ben diverse da quelle che valgono per l'altro caso in cui la contestazione di stato non sia considerata fuorchè sotto l'aspetto del *diritto puramente morale.* " Fratris tui " filiis de paterna successione ac statu etiam nunc, contra " fidem sanguinis itemque placitorum, quaestionem inferre " parum probe postulas. Nullus enim erit litium finis, si a " transactionibus bonae fidei interpositis caeperit facile " discedi ".

Osservava poi il *Troplong* " essere del tutto inesatto il " dire, in modo assoluto, che le convenzioni private non " possono mai influire sullo stato dei cittadini "; esservi qualche caso (forse un solo) in cui per volontà privata può attribuirsi ad una persona uno stato che veramente non le apparterrebbe, e citava l'esempio di chi riconoscesse come proprio figlio naturale un individuo nato di donna colla quale chi fa il riconoscimento non avesse mai avuto relazione alcuna; esservi poi non pochi casi nei quali la volontà privata, la convenzione, può rendere relativamente ad una persona irrepugnabile uno stato, che dalla persona stessa potrebbe essere contestato se non vi ostasse il riconoscimento da lei volontariamente emesso, e ricordava a tale proposito gli esempi di alcune cause di nullità relativa del matrimonio, che si ritengono efficacemente coperte a fronte di certe persone, in virtù di ratifica espressa o tacita, che esse ne abbiano fatto. Di simili esempi potrebbero trarsi, anche nel codice nostro, dagli art. 104, paragrafo ultimo, 106, 109, 111, 112.

Ma fu risposto giustamente a questi argomenti: che la

attribuzione dello stato di filiazione naturale, in virtù del riconoscimento operato dai genitori, non è, nè può essere l'emanazione d'una massima generale, in forza di cui *possa essere conferito ad una persona uno stato per sola volontà di un'altra ;* ma è unicamente l'effetto dell'essersi dovuto adottare per lo stato di filiazione naturale, ed in considerazione dei suoi particolari caratteri, un mezzo di prova affatto eccezionale, in materia di stato, qual è appunto quello del riconoscimento; che poi il poter essere coperte, colla ratifica espressa o tacita, certe *nullità relative* del matrimonio ed il potersi opporre talora all'azione *in disconoscimento* di paternità legittima, la rinunzia *anche solo tacita* che ne sia stata fatta dal marito (art. 161 cod. civ.), non sono che altrettante *eccezioni a principii generali* in contrario, e le eccezioni non possono essere estese coll'interpretazione, nè servire ad argomenti di analogia per altri casi fuor di quelli espressamente previsti dalla legge (1). A fronte di tali considerazioni il *Laurent* non esitò a tacciare di stranezza la teoria insegnata dal *Troplong*, ed a qualificarla come *una eresia giuridica, contraddicente ai principii più elementari.* Per noi sembra non potersi esitare ad accettar la dottrina prevalente in Francia, tanto più che, come notammo, essa apparisce manifestamente conforme alla disposizione testuale dell'art. 8 del codice di procedura civile.

Tutto questo però non riguarda, come già inculcammo, fuorchè l'azione in contestazione di stato considerata *nel solo aspetto morale,* e indipendentemente dai particolari interessi pecuniari che possano esservi annessi. Gli oggetti di questi particolari interessi essendo in commercio, potrebbero certamente formare materia di convenzioni, di rinunzie, di compromessi, di transazioni; e varrebbe rispetto ad essi la confessione della parte, e potrebbe farsi luogo a deferire il giuramento decisorio. In ciò tutti sono d'accordo. Avvi però qualche avvertenza importante a farsi, intorno agli

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 333; Laurent, t. III. n. 484, pag. 613.

effetti che le convenzioni o rinunzie relative agli interessi pecuniari possano produrre sulla esercibilità ulteriore della azione stessa in contestazione di stato, a cui quegli interessi fossero legati. Bisogna distinguere, innanzi tutto, se la persona da cui vorrebbesi esercitare l'azione, la fondi *unicamente su un interesse pecuniario*, ovvero *su quello interesse morale per cui è attribuita a tutti i membri della famiglia*. Nel primo caso le convenzioni, rinunzie, transazioni, che siano state fatte intorno agli oggetti d'interesse pecuniario, che presterebbero base all'azione, non potranno mancare di una influenza decisiva anche su di essa; e se in forza di quelle rinunzie, contratti, transazioni, sia venuto a mancare completamente alla persona l'interesse pecuniario sul quale essa avrebbe potuto fondare la propria azione in contestazione dello stato altrui, cesserà necessariamente l'esercibilità dell'azione medesima. Cesserà, s'intende, limitatamente a quanto concerna quella causa particolare d'interesse pecuniario; essendo troppo chiaro che se quella stessa persona potesse allegare un altro interesse, del pari legittimo ed attuale, per causa differente, avrebbe tuttavia diritto di appoggiare a questo l'esercizio dell'azione in contestazione di stato.

Nell'altro caso poi, nel quale l'azione si fondi sull'*interesse morale*, e sia come membro della famiglia che l'attore la intenti; è evidente che l'avere perduto, per rinuncia o per transazione o per convenzione qual che si sia, un particolare interesse pecuniario, che aggiungeva all'azione in contestazione di stato un nuovo fondamento, non potrà toglierle quello che essa trae da una speciale qualità personale e da un altro interesse di natura sostanzialmente diversa. Ed anzi, supponendo pure che l'oggetto d'interesse pecuniario collegato all'azione in contestazione di stato, e quest'azione stessa considerata come diritto morale, fossero compresi espressamente e contemporaneamente in una stessa convenzione, transazione od atto di rinunzia, l'atto o il contratto, perfettamente efficace ri-

spetto all'interesse pecuniario, non potrebbe arrecare pregiudizio alcuno all'azione in sè stessa, che per ragione d'interesse morale rimarrebbe tuttavia esercibile dal rinunziante o contraente che fosse *membro della famiglia.* Così se un tale fosse stato ammesso a partecipare alla divisione d'una eredità, riconoscendogli espressamente la qualità di figlio legittimo del defunto, non potrebbero certamente gli altri figli legittimi impugnar più l'atto di divisione da essi scientemente e liberamente acconsentito; ma non sarebbero perciò esclusi dal poter promuovere ancora, nella qualità loro personale, l'azione in contestazione di stato, nè dall'approfittare poi anche del risultato dell'azione esercitata, *per altri interessi pecuniarii,* diversi da quello su cui ebbero a convenire (1).

28. Per ciò che riguarda l'essere o non prescrittibile l'azione in contestazione di stato, non abbiamo che a riferirci ai principii generali già esposti altra volta. Poichè la prescrizione estintiva d'una tale azione non potrebbe avere altro fondamento fuorchè la presunzione legale d'una *tacita rinunzia* all'azione medesima, o d'un *tacito riconoscimento* dello stato che si volesse poi contestare; così è manifesto non potere avere applicazione alcuna la prescrizione medesima in una materia, nella quale a qualunque rinunzia o riconoscimento, per cui si volesse precludere la via all'esercizio di quest'azione d'ordine pubblico, è negata ogni efficacia civile. Nè varrebbe l'argomentare *a contrario* dall'art. 177 del cod. civ.; quasichè, essendosi in questo regolata l'applicazione del principio d'imprescrittibilità all'*azione in reclamazione di stato,* e nulla essendosi detto intorno a quella *di contestazione,* ne risultasse la intenzione del legislatore di rendere prescrittibile secondo le regole ordinarie *l'azione in contestazione di stato.* Innanzi tutto, l'imprescrittibilità essendo connaturale a qualunque qui-

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 334; Laurent, t. III, n. 484, pag. 614.

stione di stato, una massima contraria non potrebb'essere stabilita fuorchè da un'espressa disposizione di legge; ma dall'essere stata proclamata quella regola d'imprescrittibilità in riguardo specialmente ad una delle quistioni di stato, non può esser lecito dedurne che siasi voluto derogarvi per le altre. Poi, la disposizione dell'art. 177 fu diretta, come vedemmo, ad uno scopo tutto speciale, quello cioè di stabilire una differenza tra il caso che l'azione in reclamazione di stato sia esercitata *dal figlio*, ovvero *da un discendente*, mantenendone pel primo la imprescrittibilità, ma assoggettandola invece per l'altro alla prescrizione ordinaria. L'art. 177 non può dunque porgere alcun giusto argomento contro l'applicazione del principio d'imprescrittibilità, comune alle quistioni di stato, anche per l'azione di contestazione.

Ciò però s'intende sempre in quanto l'azione predetta si consideri dal solo lato dell'*interesse morale* su cui si fondi; poichè agli *interessi pecuniari* che dal risultato di quella contestazione potessero dipendere, per esempio ad un'azione in *petizione d'eredità*, od altra qualunque d'oggetto pecuniario, sarebbe applicabile la prescrizione secondo le regole comuni; quella cioè di trent'anni, o talora anche una prescrizione più breve, secondo i casi. Cessato allora, in virtù della prescrizione che lo avesse estinto, l'interesse pecuniario, ne deriverebbe di conseguenza la perdita eziandio dell'azione in contestazione di stato, se si trattasse di *persona estranea alla famiglia*, che quindi su quel solo interesse pecuniario potesse far fondamento; salvo sempre, s'intende, l'essere tuttavia esercibile quest'azione dalla persona stessa, qualora potesse allegare un *altro interesse legittimo ed attuale*. Se invece si trattasse d'un *individuo della famiglia*, pel quale l'azione in contestazione di stato ha sempre per base l'interesse morale, indipendentemente dagli speciali interessi pecuniari che vi si possano aggiungere; è manifesto che la perdita di questi per prescrizione, non togliendo nè diminuendo punto l'interesse morale,

sufficiente per sè stesso a giustificare l'azione, non potrebbe pregiudicare in nessun modo all'esercibilità di essa.

Dai principii finora dimostrati risulta conseguentemente che qualora l'azione in contestazione di stato sia esercitata, non già contro il figlio stesso, ma *contro gli eredi* di lui *in tale loro qualità*, potrà essere opponibile l'eccezione di prescrizione; giacchè non può farsi luogo a tale azione *contro gli eredi*, se non in quanto essa *abbia per oggetto diretto un interesse pecuniario*, quale sarebbe un diritto di successione, ed in quanto la contestazione dello stato non sia che un *mezzo per dimostrare il fondamento giuridico di quel diritto* (1). Di che deve per necessità derivare che *l'azione in petizione d'eredità*, od altra d'interesse pecuniario, rimanendo estinta per *prescrizione*, gli eredi che la opponessero riuscirebbero con ciò stesso a difendersi efficacemente contro l'azione in contestazione di stato, a cui verrebbe a mancare ogni fondamento per essere proponibile contro di loro (2).

Vedemmo però che l'azione in contestazione di stato può essere esercitata anche *contro* i *discendenti* del figlio, che a quanto si affermi abbiano posseduto senza diritto lo stato di legittimità. Ed in effetto è *lo stato personale dei discendenti stessi* che viene allora impugnato *sotto l'aspetto puramente morale*, e indipendentemente dall'esservi o no annessi interessi materiali d'alcuna specie; ond'è che non può essere necessaria a tal uopo in questi discendenti la *qualità di eredi* del figlio. Ciò posto ne segue, secondo le dottrine sopra dimostrate, che trattandosi appunto d'un *diritto morale*, attinente strettissimamente all'ordine pubblico, e non suscettibile d'alcuna disposizione di volontà privata, d'alcuna rinunzia, perciò all'azione in contestazione di stato, sebbene esercitata, non direttamente contro il figlio, ma contro i discendenti da lui, non potrebbesi

---

(1) V. sopra, n. 24.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 177, vol. I, pag. 675, col. 1ª in f°.

opporre efficacemente veruna prescrizione. E tale è infatti la massima professata concordemente dagli scrittori francesi (1). Contro di essa però furono sollevati gravi dubbi dal *Borsari* nell'eccellente suo commentario del codice civile Italiano. " È impossibile (disse egli) lasciare la briglia " sciolta e la carriera indefinita all'azione d'impugnazione " di stato; ciò non può essere nella mente del legislatore, " come non è nella natura delle cose ". Il diritto romano non permetteva d'impugnare lo stato della persona *dopo cinque anni dalla sua morte.* Ciò era stabilito almeno in rispetto allo stato di libertà. I codici moderni hanno taciuto intorno a questo punto. Ma con troppa facilità (così prosegue il *Borsari*) se ne volle dedurre la imprescrittibilità dell'azione in contestazione di stato anche contro i discendenti ulteriori. Per quanto vi siano differenze tra l'azione in reclamazione e quella in contestazione di stato, queste due azioni però si riavvicinano per importanti punti di analogia; nè poi, quanto alla prescrizione, si scorgerebbe motivo sufficiente per *ammetterla contro i discendenti del figlio di cui si reclami lo stato* (art. 177 cod. civ.) e *negarla al discendente contro il quale si agisca in contestazione.* Finchè vive la persona che ostenta uno stato che non le appartiene, è giusto il dire che l'azione di contestazione è d'ordine pubblico e dev'essere imprescrittibile; ma dopo la morte di quella persona, l'azione diventa di puro ordine privato, *non può più appoggiarsi fuorchè ad interessi pecuniari, e deve quindi essere soggetta alle norme comuni della prescrizione* (2). Tali ci sembrano, riassunti in breve, gli argomenti addotti dall'illustre scrittore, e tale è la conclusione a cui egli giunge. Confessiamo però che non ce n'è apparso menomamente scosso il fondamento della dottrina professata dagli autori francesi.

---

(1) V. Toullier, t. II, n. 908; Duranton, t. III, n. 145; Zachariae, § 547 *bis*, n. 2 in fine, n^{a} 6; Demolombe, t. V, n. 328; Laurent, t. III. n. 485.
(2) V. Borsari, *Comm.*, vol. I, art. 177, § 439, pag. 675, 676.

L'imprescrittibilità è la regola comune, applicabile a tutte le *quistioni di stato*, a quella per contestazione di filiazione legittima, come alle altre. Perchè a questa regola, che è d'interesse anche generale, possano farsi eccezioni, sono necessarie disposizioni chiare e precise di legge che le determinino; nè poi, se qualche disposizione in questo senso sia fatta, può esser lecito estenderla oltre a ciò che sia espressamente previsto; il che recherebbe offesa ai più incontestabili principii d'interpretazione. L'articolo 177 stabilisce certamente una di tali eccezioni, laddove implicitamente ma chiaramente ammette che *l'azione in reclamazione di stato*, conservando il carattere suo connaturale *d'imprescrittibilità solo riguardo al figlio*, divenga invece *prescrittibile quanto ai discendenti* che, morto il figlio, volessero esercitarla. Ma questa eccezione non potrebbe, senza arbitrio, essere estesa a casi diversi da quello che la legge considerò, nè potrebbe essere applicata per analogia all'azione opposta *in contestazione di stato*, nè essere, in questa, rivolta *a vantaggio dei discendenti, contro i quali è ammessa la prescrittibilità dell'azione in reclamazione*. A parte poi anche ciò, che non è altro fuorchè l'applicazione pura delle massime fondamentali d'interpretazione delle leggi, forsechè vi ha veramente, tra il caso *di reclamazione di stato esercitata dai discendenti*, e quello di *contestazione di stato esercitata contro i discendenti del figlio*, quella *identità di motivi* che si afferma dover rendere applicabile, sì nell'uno che nell'altro, la prescrizione ordinaria?

Non si è voluto permettere a tutti i pretesi discendenti di una persona, senza limite alcuno del numero delle generazioni e del tempo, di turbare la tranquillità delle famiglie, rivendicando uno stato di cui non siavi possesso alcuno nè di stato nè di diritto. Perciò, derogando alle norme comuni circa le quistioni di stato, si è sottoposta l'azione di questi discendenti alla prescrizione estintiva, non altrimenti che se si trattasse d'un'azione d'oggetto

pecuniario (1). Quando invece sia *un individuo della famiglia* che eserciti l'azione in contestazione contro chi pretenda ad uno stato di legittimità che veramente non gli appartenga, bisogna supporre che il convenuto abbia di quello stato un *possesso di fatto* che sia *in opposizione coll'atto di sua nascita*, od abbia *favorevoli le risultanze dell'atto* di nascita, ma non sia ad esse conforme il *possesso di stato ;* poichè se vi fosse conformità perfetta tra questo e quelle, non sarebbe ammissibile la contestazione (articolo 173, § 2, cod. civ.), e se il convenuto mancasse ad un tempo di possesso e di titolo, sarebbe pure inammissibile la contestazione, perchè non si può contestare ciò che non esiste neppure in apparenza (2). Ora in questo conflitto tra il possesso ed il titolo, non è meraviglia che la legge lasci aperto l'adito agli interessati, cioè agl'individui della famiglia, di agire in contestazione di quello stato incerto, non solo contro il figlio stesso, ma contro i discendenti ulteriori, senza limite di tempo. Certo non si può scorgere una parità tra le condizioni in cui si esercita questa azione di contestazione, e quelle che si verificano nella reclamazione di uno stato di cui l'attore non ha nè ebbe mai il possesso; nè è giusto il dire che motivi pari a quelli che rispetto a quest'ultima azione consigliarono a limitarne l'esercibilità per parte dei discendenti entro i termini della prescrizione ordinaria, dovessero indurre eziandio a rendere ugualmente prescrittibile l'azione in contestazione di stato in quanto si volesse esercitarla, dopo avvenuta la morte del figlio, contro i discendenti da lui. Queste considerazioni sembrano anche rispondere abbastanza all'obbiezione che si trarrebbe dall'inconveniente di ammettere che “ dopo qualche secolo il discendente d'una stirpe già “ antica possa esser tratto in giudizio per sentir dichia- “ rare che uno dei suoi progenitori, che bisogna dissep-

---

(1) V. sopra, n. 19 *bis*, III, pag. 163-164.
(2) V. sopra, n. 23, pag. 188-189.

" pellire dalle tenebre della storia, era un bastardo, e non " potè trasmettere a lui per lungo ordine di generazioni la " legittimità che non aveva „. Se quest'apparente legittimità di discendenza sarà fondata sulle risultanze conformi del possesso di stato e dei registri dello stato civile, quello stato di legittimità sarà perfettamente assicurato contro ogni possibile contestazione dalla regola stabilita nell'articolo 173, § 2. Se al contrario il possesso ed il titolo si troveranno in opposizione l'uno all'altro, non potrà dirsi irragionevole che si lasci luogo a potere *in qualunque tempo* toglier di mezzo questo conflitto, col promuovere la contestazione giudiziale per distruggere quel possesso, di solo fatto o di solo diritto, che il convenuto abbia di uno stato la cui legittimità non sia appoggiata a prove sufficienti.

Non pare poi esatto il dire che l'azione in contestazione di stato debba bensì essere " *esercibile contro i discendenti,* " *ma sempre per la ragione dei beni che sono la materia del-* " *l'interesse* „ (1). Ognuno che faccia parte legittimamente della famiglia, alla quale taluno pretenda pure di appartenere, ha interesse e diritto d'impugnare questa pretensione, se non sia fondata. Vi è sempre un *interesse morale* importantissimo e bastante a giustificare l'azione, quand'anche non ve ne abbia uno pecuniario. Questo interesse non cangia, o sia il figlio stesso immediato o un discendente da lui che abbia, di fatto o di diritto, il possesso dello stato che si tratta di contestare; epperò così contro il discendente ulteriore, come contro il figlio immediato, quell'*interesse morale* deve bastare per dar fondamento all'azione.

Per queste riflessioni sembrerebbe adunque doversi mantenere anche presso noi le massime seguite già dalla dottrina francese; che cioè anche contro i discendenti, come contro il figlio stesso, possa promuoversi l'azione in contestazione di stato da chiunque appartenga legittima-

---

(1) V. Borsari, l. c., pag. 676.

mente alla famiglia, quando pure l'attore non possa allegare veruno speciale interesse pecuniario; e che poi contro i discendenti predetti, non meno che contro il figlio, la vera azione in contestazione di stato debbasi riguardare come imprescrittibile.

29. Intorno agli effetti che debbansi attribuire alla cosa giudicata in materia di contestazione di stato, s'incontrano le stesse difficoltà e le stesse differenze di opinioni che già riferimmo in rapporto all'azione in reclamazione (1). Nè qui avremo che a richiamare con brevissimi cenni le massime che ci parvero adottabili nella predetta materia, per farne congrua applicazione anche a quella specialità di azione di stato della quale trattiamo ora.

Qui pure dobbiamo risalire alla distinzione fondamentale circa la natura dell'interesse che formi base della azione promossa.

Se si tratti d'un *interesse pecuniario*, non vi potrà essere ragione alcuna che autorizzi a prescindere dall'applicazione rigorosa dei principii comuni intorno all'autorità della cosa giudicata, giusta l'articolo 1351 del codice civile. La sentenza che pronunci sulla contestazione di stato, riguardato questo unicamente come mezzo per decidere sopra un interesse pecuniario che sia l'oggetto vero e diretto della controversia, non potrà dunque mai produrre effetto alcuno fuorchè *tra coloro che furono parti in causa o vi furono legittimamente rappresentati*, od i loro eredi od aventi causa.

Questa massima avrà quindi per necessità la più completa applicazione ogni volta che l'azione in contestazione di stato sia esercitata *da persone estranee alla famiglia*, imperciocchè ad esse non potrebbe mai competere quell'azione se non qualora la fondassero sopra un *interesse pecuniario, legittimo ed attuale*, ad esse spettante.

Ma se invece sia stato *un individuo della famiglia* che

---

(1) V. sopra, n. 22, pag. 180-188.

abbia promossa l'azione, fondandola su quell'*interesse morale* che naturalmente e sempre è inerente ai rapporti di stato personale; troveremo talora, anche in materia di contestazione di stato, che all'applicazione pura e semplice delle regole generali intorno all'autorità della cosa giudicata si opporrà invincibilmente il principio della *indivisibilità* dello stato personale. Riteniamo pertanto anche qui, come per la reclamazione, che alla sentenza la quale pronunci sopra l'azione in contestazione di stato, sebbene questa fosse fondata unicamente sull'*interesse morale della parte attrice*, dovrebbero applicarsi in generale le norme fondamentali risguardanti la cosa giudicata; fatta limitazione soltanto per quei casi particolari nei quali all'applicazione di tali regole si opponesse assolutamente il carattere della indivisibilità propria dello stato personale su cui la sentenza ha pronunciato.

Adottando queste norme, avremmo tra le altre le conseguenze che qui appresso indichiamo.

La sentenza pronunciata sulla contestazione di stato promossa da uno dei coniugi di cui il convenuto si qualificava per figlio legittimo, non avrebbe alcuna autorità rispetto all'altro coniuge; ma farebbe stato di cosa giudicata rispetto a tutti i parenti legittimi del coniuge attore, ostando la indivisibilità dello stato della persona a poter ammettere che essendo escluso ch'essa appartenga per filiazione legittima all'attore, conservi tuttavia verso gli altri della famiglia di lui quei rapporti di parentela i quali non potrebbero essere che una derivazione della stessa filiazione legittima.

Se invece l'azione fosse stata intentata da un qualunque altro individuo della famiglia, l'autorità della cosa giudicata sarebbe ristretta tra le parti contendenti o loro rappresentanti legittimi, secondo le regole generali, non opponendosi a ciò la indivisibilità dello stato personale, perchè è concepibile che i rapporti civili di parentela sussistano rispetto a taluni dei componenti una famiglia,

benchè siano stati esclusi per autorità di cosa giudicata di fronte ad altri.

Quanto poi alla parte convenuta, la sentenza proferita sull'azione in contestazione farebbe stato, non solo per la persona contro cui la contestazione fu mossa, ma anche rispetto ai figli o discendenti di lei; ai quali non può non comunicarsi lo stato personale del loro genitore.

§ III. — *Dell'azione in contestazione di legittimità.*

Sommario. — 30. Principii generali. — 31. Da quali persone e contro chi si possa esercitare l'azione in contestazione di legittimità. — 32. Se essa debba considerarsi come *esclusivamente personale*, e come *intrasmissibile, inalienabile, imprescrittibile.* — 33. Della cosa giudicata in materia di contestazione di legittimità. — 34. Disposizione dell'articolo 169 circa la contestazione di legittimità del figlio *nato dopo trecento giorni dallo scioglimento od annullamento del matrimonio.* — 35. Quale sia veramente lo *stato* del figlio in questo caso. — 36. Quale, all'opposto, sia lo stato del figlio nato *entro i trecento giorni dallo scioglimento od annullamento del matrimonio.* — 37. Considerazioni generali intorno ad alcune difficoltà che possono presentarsi nell'applicazione pratica della disposizione dell'art. 169. — 37 *bis*, I. Del caso di conflitto tra la presunzione di legittimità del figlio nato entro 300 giorni dallo scioglimento od annullamento del matrimonio, e la possibile presunzione di un'altra paternità legittima. — 37 *bis*, II. Del caso di conflitto della predetta presunzione di legittimità colla prova di una paternità illegittima.

30. L'azione *in contestazione di legittimità*, secondo le teorie dimostrate in principio della presente sezione, *è quella per la quale s'impugna lo stato legittimo di cui una persona abbia il possesso di fatto o di diritto, allegando ch'ella non proceda dal matrimonio dal quale dipenderebbe lo stato di legittimità contestato.* La controversia non può qui volgersi infatti intorno alla *filiazione materna*, mentre anzi si suppone che sia provata, o non sia neppure contestata, così la maternità come la identità del figlio: poichè in caso contrario non sarebbe concepibile veruna disputa sopra uno stato di legittimità a cui mancherebbe il primo fondamento necessario, la dimostrazione, cioè, della filiazione materna; e l'azione sarebbe allora *in contestazione*

di stato anzichè *di sola legittimità* nello speciale e ristretto senso di questa espressione (1). Nè forma nemmeno oggetto della contestazione la *presunzione di paternità del marito*, perchè in tal caso sarebbe di un'altra azione che bisognerebbe servirsi, di quella cioè *in disconoscimento*, di cui tratteremo dopo; rispetto alla quale la controversia è volta principalmente a determinare *se il marito sia veramente padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio*, e la decisione sulla legittimità del figlio stesso diventa null'altro che la conseguenza della soluzione affermativa o negativa di quella quistione. Così è che, come dicemmo, l'oggetto vero della *contestazione di legittimità* consiste nel determinare *se la persona contro cui l'azione è esercitata proceda o no da quel matrimonio dal quale la legittimità del suo stato dipenderebbe.*

Alcuni autori definiscono l'azione in contestazione di legittimità dicendo ch'è *quella colla quale s'impugna la legittimità del figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento del matrimonio* (art. 169 cod. civ.) (2). Ma se questo è certamente uno dei casi in cui quell'azione può essere esercitata, non è per altro il solo. Il carattere distintivo dell'azione medesima consiste, ripetiamolo, nel desumersi il mezzo col quale s'impugna lo stato legittimo, di cui il convenuto è in possesso, dal mancare a fondamento di tale legittimità uno degli elementi indispensabili, qual è *lo stato coniugale della madre*. Or questo mezzo può risultare esperibile per diverse cagioni; o perchè lo stato coniugale della madre *non abbia mai esistito in fatto*; o perchè almeno *non abbia mai avuto esistenza in diritto*; o perchè, avendo pure avuto una esistenza giuridica, *ne sia poi stata dichiarata l'annullazione*, in guisa da distruggerne retroattivamente tutti gli effetti civili, quelli non eccettuati che riguarderebbero i figli; o perchè quello stato della madre *abbia cessato di*

(1) V. sopra, n. 2, pag. 4; n. 17, pag. 123-125.
(2) V. LAURENT, t. III, n. 460.

essere al tempo del concepimento del figlio (d°. art. 169 cod. civ.); o infine perchè l'effetto che in favore della legittimità del figlio potrebbe produrre lo *stato coniugale della madre, al tempo della nascita del figlio* stesso, sia neutralizzato dai *rapporti in cui si trovavano rispettivamente i genitori al tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento.*

Su ciascuno di questi, che pertanto diverrebbero altrettanti casi di *vera contestazione di legittimità*, non sarà inopportuna qualche breve riflessione.

Intorno al primo non può cader dubbio. Si afferma, per esempio, dalla parte attrice, che l'essere il convenuto in possesso dello stato di figlio legittimo, o l'apparir come tale dai registri dello stato civile, non è che l'effetto d'un'usurpazione, d'una frode o d'un errore; chè la donna da cui egli è nato *non fu mai legata in matrimonio.* Evidentemente l'azione che si esercita è *in contestazione di legittimità;* poichè non s'impugna la *filiazione materna* (azione *in contestazione di stato*) nè si combatte la *presunzione di paternità del marito* (azione *in disconoscimento di paternità*) ma si contrasta lo *stato stesso coniugale della madre*, e perciò si sostiene mancare il principale ed essenzial fondamento della legittimità, il *procedere da madre legata in matrimonio.*

Non è diversa giuridicamente la condizione delle cose allorchè, ammettendo che la donna, da cui nacque colui del quale s'impugna la legittimità, avesse contratto un apparente vincolo coniugale, si sostenga dalla parte attrice che questo matrimonio mancasse d'alcuno dei requisiti essenziali a dargli vita giuridica.

Ma non sempre potrebbe dirsi altrettanto del caso in cui la contestazione dello stato coniugale della madre non si fondasse sulla *inesistenza giuridica*, ma sulla semplice *nullità* del matrimonio che era stato contratto da quella donna. Sappiamo, prima di tutto, che se quel matrimonio nullo fosse però da considerarsi come *putativo* (art. 116 cod. civ.) non potrebbe esser caso di contestare la legitti-

mità dei figli che ne fossero nati (1). Se poi anche il matrimonio nullo fosse stato *contratto in mala fede da amendue i coniugi*, l'azione in *contestazione di legittimità*, che da ciò traesse il suo fondamento, non potrebb'essere sempre esercibile da tutte le persone che vi avessero un interesse, non tanto pecuniario quanto anche semplicemente *morale*, come abbiam visto già per rapporto all'altra azione *di contestazione di stato*, e come vedremo fra breve doversi ripetere anche per questa; ma essendo necessario, per giustificare la contestazione della legittimità, promuovere la dichiarazione di nullità del matrimonio in cui erano uniti i genitori, sarebbe indispensabile avere all'uopo la qualità necessaria secondo l'art. 104 del codice civile, cioè avere un *interesse pecuniario legittimo ed attuale*, od essere tra quelle persone che dalla citata disposizione sono *tassativamente* ammesse a poter intentare l'azione di nullità del matrimonio sul fondamento del semplice *interesse morale*, senz'allegarne uno *pecuniario* (2).

Poichè la contestazione di legittimità consiste nell'oppugnare che la *persona convenuta in giudizio proceda da quel matrimonio dal quale ella desumerebbe appunto la legittimità del proprio stato*; e poichè, per trarre lo stato legittimo dal matrimonio in cui fosse legata la madre, sarebbe necessario che questa fosse *costituita in istato coniugale al tempo del concepimento del figlio*; ne segue dunque che dev'esser caso di contestazione di legittimità quello in cui si possa provare che il figlio sia stato *concepito fuori di matrimonio*. È da avvertire per altro che, mentre ciò può verificarsi tanto se, a norma delle presunzioni di durata della gestazione stabilite dall'art. 160 del codice civile, il concepimento abbia da ritenersi avvenuto *prima della celebrazione del matrimonio*, quanto se debba riputarsi accaduto *dopo lo scioglimento* o *l'annullazione del matrimonio stesso*,

---

(1) V. vol. V, parte I, n[i] 179-180, pag. 782, s.
(2) V. vol. V, pag. 142-152, pag. 568, s.

calcolando dal tempo della nascita del figlio; pure non è in ambedue le predette ipotesi che possa ordinariamente farsi luogo alla contestazione della legittimità. Quando infatti il figlio sia *nato prima dei cento ottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio*, è bensì certo, secondo la presunzione assoluta della legge, ch'egli fu *concepito fuori di matrimonio* (art. 160 cod. civ.); ma tuttavia quel figlio è protetto dalla presunzione di *paternità del marito*, non meno che se fosse stato anche *concepito durante il matrimonio*, e gli è dalla legge attribuito lo *stato di legittimità* (art. 161 cod. civ.). È dunque la *presunzione di paternità del marito* che bisogna allora combattere; e, ciò posto, non occorre di più a dimostrare che non deve essere normalmente *l'azione in contestazione di legittimità*, bensì *quella di sconoscimento della paternità* che si può in tal caso esercitare. E diffatti di quest'ultima azione unicamente parla in tale proposito la legge; la quale anzi nega ancora quest'azione stessa al marito ed agli eredi di lui in certe circostanze eccezionali (art. 161 cod. civ.). Tra i due casi in cui può dirsi *avvenuto il concepimento fuori di matrimonio*, *l'azione in contestazione di legittimità* può dunque, in generale, esercitarsi sol quando, il figlio essendo *nato dopo trecento giorni dallo scioglimento od annullamento del matrimonio*, avvi presunzione assoluta che il concepimento del figlio stesso sia stato *posteriore a quello scioglimento od a quell'annullazione* (art. 169 cod. civ.).

Tuttavia vi è un caso speciale in cui, trattandosi anche di un figlio che sarebbe stato *concepito prima del matrimonio*, pure la impugnazione dello stato legittimo ch'egli possedesse potrebbe farsi, non col mezzo dell'*azione in disconoscimento*, ma con quello dell'*azione in contestazione di legittimità*. È questa l'ultima delle ipotesi che sopra furono previste. Il figlio nato prima che fossero trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio avrebbe bensì in proprio favore la presunzione di legittimità; ma questa presunzione non potrebbe reggersi a fronte dell'*im-*

possibilità assoluta in contrario, come si verificherebbe quando uno dei genitori, al tempo del concepimento del figlio, si trovasse legato in matrimonio con altra persona. Se dunque un vedovo contraesse nuove nozze poco tempo dopo la morte della prima sua moglie, e innanzi che fossero trascorsi 180 giorni, dacchè il matrimonio precedente fu sciolto e fu celebrato l'altro, nascesse un figlio, la legittimità di costui potrebb'essere impugnata, non solo dal marito o dagli eredi di lui, ma anche da qualunque altra persona *avente interesse, col mezzo dell'azione in contestazione di legittimità;* non già con quella *in disconoscimento di paternità*, col mezzo della quale, nei casi in cui non è esclusa dall'art. 161 del cod. civ., si può combattere la *presunzione di paternità legittima*, che qui non potrebbe dirsi esistente.

Dalle cose esposte finora resta confermato quanto già sopra enunciammo: che cioè sarebbe errore il ritenere, come fanno alcuni autori, che *la vera azione in contestazione di legittimità* non sia da applicarsi fuorchè al caso previsto dall'art. 169 del codice civile; mentre esso non è che uno tra quelli in cui una tale azione è veramente esercibile. Intorno a quell'ipotesi particolarmente prevista dal citato art. 169, avremo ad esporre più oltre alcune teorie di non lieve importanza. Frattanto gioverà premettere la dimostrazione di quelle massime generali che valgono per tutti ugualmente i casi di *contestazione della legittimità* d'una persona.

31. La prima ricerca dev'essere volta a determinare da quali e contro quali persone l'azione in contestazione di legittimità possa essere esercitata. Del quale argomento però basteranno non molte parole a disbrigarci.

Già osservammo che *l'azione in contestazione di legittimità* non tendendo, come quella *in disconoscimento di paternità* a combattere colla prova di certi fatti contrari una presunzione di legge, ma solo a dimostrare l'impossibilità

che esista quella di legittimità, per mancanza delle condizioni giuridiche le quali sarebbero necessarie a darle fondamento, deve seguirne che l'azione predetta sia sottoposta ai principii del diritto comune, anche quanto al poter essere esercitata *da chiunque vi abbia interesse* (1). Questa massima, ammessa senza contrasto dalla dottrina, fu espressamente accolta nell'art. 169 del nostro codice; che alla corrispondente disposizione dell'articolo 315 del codice Francese aggiunse appunto, poter *essere impugnata da chiunque vi abbia interesse* la legittimità del figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio. E ciò che fu detto in termini espliciti rispetto all'unico tra i casi di contestazione di legittimità che fu previsto dalla legge, non può non ripetersi anche per gli altri che pur possono verificarsi; perciocchè la ragione della massima non riguarda particolarmente quella sola causa di contestazione della legittimità, ma risulta dall'indole giuridica, dal carattere fondamentale dell'azione, considerata in sè stessa.

L'interesse poi, che può dar fondamento all'azione, non è necessario che sia *d'oggetto pecuniario*; ma può bastare anche il semplice *interesse morale*. Ed anche intorno a ciò non abbiamo che a riferirci alle cose già dette relativamente a simile argomento, per *l'azione in contestazione di stato* (2).

Così pertanto la legittimità d'una persona potrebb'essere contestata, non solo *dagli eredi* del marito o della moglie, aventi a ciò un interesse pecuniario per escludere quella persona dalla successione in tutto od in parte; ma eziandio da qualunque parente, sì di linea paterna che materna, ancorchè non esercente diritti successorii; poichè ad ogni modo non gli mancherebbe *l'interesse morale* sufficiente in generale a giustificare un'azione il cui oggetto consista,

---

(1) V. sopra, n. 17, pag. 129.
(2) V. sopra, n. 24, pag. 191-192.

come di questa, nello *stato personale*, che è avanti tutto un *diritto morale* (1). Sembra anzi che *il figlio stesso* potrebbe *contestare la legittimità* che gli si volesse attribuire; perchè la condizione di *figlio naturale* potrebbe talora essere per lui preferibile a quella di figlio legittimo di un tale, ancorchè questi fosse premorto.

Quanto alle persone contro le quali la contestazione di legittimità si possa esercitare, vale la distinzione stessa che già dimostrammo per l'azione *in contestazione di stato*, cioè la seguente. O la legittimità si contesta *con azione diretta e come diritto morale*, e in tal caso non si può agire se non direttamente contro la persona stessa che è in possesso dello stato di *figlio* o di *discendente legittimo*. O l'oggetto vero e diretto dell'azione è d'*interesse pecuniario*, sicchè la contestazione della legittimità non è che un mezzo per dimostrare il fondamento del diritto, per es., di successione che si reclama; ed allora l'azione predetta, e conseguentemente anche la disputa sulla legittimità dello stato controverso, può aver luogo anche contro i *successori od aventi causa* del figlio o discendente, che lo rappresentino in quell'interesse pecuniario che forma materia principale della contestazione.

32. Le teorie che dimostrammo nel paragrafo precedente relativamente ai differenti caratteri che assume l'*azione in contestazione di stato*, secondo che ne sia base un interesse pecuniario od un interesse semplicemente morale, sono anche applicabili completamente all'*azione in contestazione di legittimità*, della quale trattiamo ora.

Abbiam già notato infatti la strettissima analogia che esiste tra queste due azioni; dappoichè sì coll'una che coll'altra *non si combatte, con prove di fatti contrari, una*

(1) V. Toullier, t. II, n. 836; Duranton, t. III, ni 75, 79; Zachariae, § 546 *bis*, n. 2, na 4; Laurent, t. III, n. 460; Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, 1°, na 12.

presunzione di legge, come si fa coll'azione in disconoscimento di paternità, ma solo si tende a dimostrare l'*assoluta inesistenza della presunzione di legittimità*, per mancanza dei fatti fondamentali che sarebbero necessari, vale a dire la dimostrazione della *filiazione materna* o dello *stato coniugale della madre al tempo del concepimento del figlio*. Osservammo pure come, anche per l'azione in *contestazione di legittimità*, del pari che per quella in *contestazione di stato*, possa bastare a darle fondamento un semplice *interesse morale* della persona che intende di esercitarla; ancorchè non vi si aggiunga nessuno speciale interesse pecuniario. Da tutto questo risulta dunque che, se tra le due azioni in *contestazione di stato* ed in *contestazione di legittimità* esistono differenze importanti, quanto alla condizione in cui si suppone trovarsi la persona contro cui sia promossa, ed alle cause per le quali possa esercitarsi ciascuna delle predette azioni; se d'altra parte coincidono in parecchi rapporti e sono rette dagli stessi principii le azioni *in reclamazione* ed *in contestazione di stato*, e principalmente quanto ad essere, sì l'una che l'altra, irricevibili qualora lo stato del figlio sia stabilito dalle risultanze conformi dell'atto di nascita e del possesso (art. 173 cod. civ.); ad ogni modo però le azioni in *contestazione di stato* ed in *contestazione di legittimità* sono conformi l'una all'altra, e soggette a regole identiche, per ciò che risguarda *le persone da cui possono essere esercitate*, i *caratteri giuridici* che ne sono proprii, e gli effetti delle sentenze che sovr'esse decidano.

Applicando pertanto anche qui la stessa distinzione che riconoscemmo come fondamentale in ordine all'*azione per contestazione di stato*, riteniamo; che se l'*azione in contestazione di legittimità* si considera puramente *sotto l'aspetto morale*, se quindi la persona che la intenta agisce in qualità di *membro della famiglia*, dalla quale si tratta di escludere il convenuto che si pretende averne usurpato il nome, i titoli, i diritti, quell'azione allora deve considerarsi come *esclusivamente personale* (confr. art. 1234 cod. civ.), come

intrasmissibile, inalienabile, imprescrittibile; nè potrebb'essere efficace intorno ad essa veruna *convenzione, rinunzia, transazione;* nè potrebbe impedirne l'ulteriore esercizio un atto di *desistenza*, di *acquiescenza* ad un giudicato impugnabile, di *riconoscimento;* nè potrebbe valere la *confessione*, giudiziale o stragiudiziale della parte, nè deferirlesi il *giuramento*. Ma riteniamo, all'opposto, che se l'azione intentata abbia per base un *interesse pecuniario*, e la questione di stato non sia che un *mezzo per dimostrare fondato il diritto formante l'oggetto vero e diretto dell'azione, questo diritto pecuniario* non essendo allora esclusivamente personale, ed essendo trasmissibile, alienabile, prescrittibile, avrà ciò una inevitabile influenza sull'esercibilità dell'azione stessa in contestazione di legittimità. Riguardiamo insomma come applicabili in questa parte, ed in tutti i loro particolari, all'azione in contestazione di legittimità, le identiche dottrine che già svolgemmo relativamente all'azione *in contestazione di stato* (1).

Non è da tacere che su qualcuno di questi punti non è però concorde la dottrina. Vi sono autori i quali insegnano che debba riguardarsi come perfettamente valida ed efficace la *rinunzia* che gl'interessati facciano, *espressamente o tacitamente*, all'azione loro spettante, in contestazione di legittimità (2); e che l'azione medesima sia soggetta alla *prescrizione estintiva trentennaria* (3). Ma, come altri giustamente obbiettarono, per ammettere l'efficacia giuridica d'una *rinunzia all'azione in contestazione di legittimità*, bisognerebbe supporre che *la legittimità* (la quale in questo caso non esiste nè può esistere, per mancanza del requisito fondamentale che il figlio sia nato da donna congiunta in matrimonio al tempo del concepimento di lui) *potesse essere creata in virtù d'un riconoscimento;* ciò che sarebbe assurdo.

---

(1) V. sopra, n[i] 25 a 28, pag. 193-208.
(2) V. Demolombe, t. V, n. 87; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, L. I, n. 470, pag. 325.
(3) V. Zachariae, § 546 *bis*, n. 2, n[a] 37, 2[a] ed. Bruxelles; Borsari, *Comm.*, art. 169, § 420, pag. 641.

E quanto alla prescrizione, essa pure è assolutamente inammissibile in materia di stato personale; chè essendo esso per sua essenza *fuori di commercio*, come non è possibile il perderlo, così non lo è nemmeno l'*acquistarlo per prescrizione*; e come *il figlio può sempre reclamare la propria legittimità*, così reciprocamente gl'interessati *possono sempre contestarla a lui*. Ciò però non toglie che si possa validamente *rinunciare a diritti pecuniari*, ancorchè *dipendenti dallo stato personale*; e che l'azione *in contestazione di legittimità* possa subire gli effetti della prescrizione, in quanto formino oggetto principale e diretto di controversia gl'*interessi pecuniari*, che sono per natura loro prescrittibili (1).

33. Accennammo nel numero precedente che l'analogia esistente tra le due azioni in contestazione *di stato e di legittimità*, rende applicabili a quest'ultima azione anche le regole che valgono per la prima, circa gli effetti della sentenza che su tali azioni pronunci.

Sarebbe pertanto da tener conto anche qui della distinzione tra il caso che l'azione si fondi sopra un semplice *interesse pecuniario*, o sull'*interesse morale* inerente per sè allo stato personale. Nella prima ipotesi dovrebbero avere la più completa e rigorosa applicazione i principii comuni intorno all'autorità della cosa giudicata (art. 1351 codice civile); di guisa che la sentenza che pronuncia sulla contestazione di legittimità non avrebbe effetto fuorchè tra le persone che furono parti in causa, o vi furono legittimamente rappresentate, o i loro eredi od aventi causa. Nell'altra ipotesi poi, che l'azione fosse esercitata come *diritto morale* da persone appartenenti alla famiglia, sarebbe, ciò non ostante, da mantenersi ferma in generale l'applicazione dei principii comuni sull'autorità della cosa giudicata, salvo solo per quei casi particolari nei quali vi ostasse

(1) V. Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, nº 13, 15, 4ª ed.; Laurent, t. III, n. 461 e 462.

invincibilmente il carattere della *indivisibilità* propria dello *stato personale*, che formò subbietto della decisione.

Come dimostrammo trattando dell'azione in reclamazione e ripetemmo parlando di quella in contestazione di stato, così parimente per l'altra in contestazione di legittimità, non reputiamo adottabile in senso generale ed assoluto la teoria, benchè professata da alcuni insigni giureconsulti, secondo la quale " ogni sentenza proferita " in materia di stato personale *a fronte d'un legittimo con-* " *traddittore* avrebbe, anche verso i terzi non chiamati nè " intervenuti in giudizio, gli stessi effetti che ha per le " parti tra le quali fu pronunziata ". Con una tal massima si derogherebbe al principio generale concernente l'autorità della cosa giudicata (art. 1351 cod. civ.); e, come fu giustamente osservato dal *Laurent*, " per una tale eccezione " richiederebbesi un testo che la dichiarasse, nessun altro " fuorchè il legislatore potendo creare delle eccezioni ai " principii da esso stabiliti; mentre invece non vi è che " una sola disposizione nel codice che preveda il caso " di una sentenza pronunziata in materia di stato, e " quest'unica disposizione anzi applica la regola generale " sugli effetti della cosa giudicata " (art. 100 cod. Francese = 402 cod. Italiano) (1). La predetta teoria, confutata con profonda dimostrazione dal *Merlin* e da altri autori (2), fondavasi sul principio della *indivisibilità dello stato personale*, e sul concetto che nelle relative questioni tutti coloro che vi abbiano interesse potessero considerarsi come *legittimamente rappresentati* in giudizio da quelli a cui riguarda il *principale interesse* della contestazione. A quest'ultima idea rispose efficacemente il *Laurent*, domandando: " Da chi mai trarrebbero i loro poteri questi pretesi " contradditori legittimi? Dalla legge? Essa non ne parla, " e il suo silenzio basta per respingere tale pretensione.

(1) V. Laurent, t. III, n. 488, pag. 620.

(2) V. Merlin, *Rép.*, v° *Questions d'état*, § III, art. 2; Demolombe, t. V, n. 307, s.; Laurent, l. c., pag. 620-623.

“ Dalla natura? Essa dà a ciascun uomo un diritto indi-
“ viduale, diritto che gli deriva dal sangue e ch'egli non
“ può trasferire nè comunicare ad altri: dal che segue che
“ ciascuno non rappresenta che sè stesso, e non ha qualità
“ alcuna per rappresentare la famiglia „. Quanto alla indivisibilità dello stato — soggiunge il medesimo autore —
“ esso è senza dubbio indivisibile, quando non vi è incer-
“ tezza nè contestazione alcuna intorno alla legittimità di
“ colui che possiede quello stato, ed esercita i diritti che
“ la legge vi annette. Ma dal momento che una contesta-
“ zione vi fu, *lo stato riposa sopra una sentenza:* ora, se è
“ dell'essenza dei giudicati di essere la espressione della
“ verità, essi non lo sono però che per le parti: conse-
“ guentemente lo stato non esiste se non rispetto a quelli
“ che hanno figurato nel giudizio. Nulla riscontrasi in ciò
“ di speciale per la questione di stato; è un principio
“ generale „. In questa argomentazione veramente sembra inesatta l'affermazione che essendovi contestazione di legittimità, *lo stato personale non riposa che sopra la sentenza*, la quale è considerata come verità solamente tra le parti che furono in causa. Lo stato di legittimità riposa sulla disposizione della legge, che lo consacra quando concorrano le condizioni da essa determinate; *non già sulla sentenza*, la quale *non è costitutiva*, ma semplicemente *dichiarativa* di quella legittimità. Conveniamo, ad ogni modo, noi pure nel ritenere che il solo principio, benchè in sè vero, della indivisibilità dello stato personale, non basterebbe per giustificare la massima generale ed assoluta, che pronunciata sullo stato legittimo d'una persona una sentenza in contraddittorio dei principali interessati, la sentenza stessa abbia ad acquistare autorità di cosa giudicata anche per tutti gli altri aventi un interesse secondario, abbenchè non siano stati chiamati nè siano intervenuti in causa. A parte anche la difficoltà di stabilire quali veramente sarebbero da considerarsi come principali interessati — intorno al qual punto i sostenitori stessi di questa teoria non riuscirono

mai ad accordarsi — il carattere della indivisibilità è innegabile nello stato personale considerato per sè stesso, in quanto non è concepibile che una persona sia insieme e non sia investita d'un determinato stato: è innegabile ancora relativamente agli attributi proprii di quello stato, poichè non è ammissibile che chi n'è investito goda d'una sola parte degli attributi che la legge vi annette: ma *non avvi indivisibilità rispetto alle persone*, verso le quali derivano da quello stato certi rapporti civili, essendo perfettamente concepibile che quei rapporti non si realizzino a fronte di alcune persone, pur sussistendo verso altre. Ora, siccome nella controversia di cui attualmente ci occupiamo trattasi appunto di stabilire se l'autorità della cosa giudicata in una questione di stato estenda o no i suoi effetti anche ad altre persone oltre quelle che furono parti in causa, ne deriva logicamente che sulla risoluzione di tale controversia non possa avere influenza decisiva il solo principio che lo stato personale è indivisibile.

Contuttociò opiniamo essere sotto altro aspetto giustificabile che la sentenza pronunciata sulla questione di stato possa talora produrre qualche effetto anche per talune persone che non siano state parti in causa: e ciò relativamente a quei rapporti che non sono emanazione diretta della dichiarazione contenuta nella sentenza, ma dello stato personale su cui essa ha pronunziato. Per ogni effetto derivante direttamente e immediatamente dalla sentenza, dev'essere rigorosamente osservato il principio generale dell'autorità della cosa giudicata (art. 1351 c. c.) a cui la legge sola potrebbe derogare, nè invero sarebbevi in questo caso ragione sufficiente per giustificarne la derogazione. Ma quanto a tutti gli altri effetti che per talune persone diverse dai contendenti indirettamente conseguono dalla dichiarazione contenuta nella sentenza, avendo però per causa immediata e diretta quella condizione di stato personale che colla detta dichiarazione fu definita — quali sarebbero le relazioni di parentela con uno dei contendenti

stessi — non sembra che il principio generale dell'art. 1351 possa essere di ostacolo; dal momento che non si tratta di estendere ad altri gli effetti veri e diretti del giudicato, ma di applicar loro le conseguenze legali di quello stato che il giudicato medesimo ha semplicemente dichiarato esistere. Se tali conseguenze venissero escluse — se, per esempio, si ritenesse che pei parenti rimasti estranei al giudizio nessuna influenza potesse avere ciò che fosse stato giudicato tra i contendenti — ne risulterebbe che lo stato personale di essi, come rimase stabilito secondo la sentenza, verrebbe a mancare di alcuni degli attributi suoi, contrariamente al principio della indivisibilità dello stato personale: principio che deve imprescindibilmente avere la sua piena applicazione per ciò che riguarda gli attributi essenziali dello stato medesimo. Da questo punto di vista ci è sembrato che, quantunque non sia da ammettersi in modo generale ed assoluto che la indivisibilità dello stato personale si opponga a poter applicare in materia di questioni di stato i principii relativi all'autorità della cosa giudicata, possa però sostenersi che in virtù della predetta indivisibilità debbano avere efficacia anche a fronte di persone che non siano state parti in giudizio le conseguenze legali derivanti dallo stato dei contendenti stessi quale fu dichiarato colla sentenza.

Tale è l'ordine d'idee col quale abbiam creduto potersi risolvere le gravi difficoltà che si presentano in questo scabroso argomento. Vediamone ora in breve le applicazioni alla specialità dell'azione in contestazione di legittimità della quale presentemente ci occupiamo.

Se la contestazione sia stata mossa da uno solo dei coniugi, verso i quali il convenuto possedeva di fatto o di diritto lo stato di figlio legittimo — sostenendosi, per es., dall'attore che il matrimonio, su cui fonderebbesi la legittimità di quel figlio, non avesse esistenza giuridica, o fosse infetto di nullità — la sentenza non avrebbe autorità di cosa giudicata rispetto all'altro coniuge rimasto estraneo

al giudizio: al quale pertanto non gioverebbe la decisione con cui fosse stata dichiarata l'illegittimità del convenuto, nè gli sarebbe opponibile, contro la nuova contestazione di legittimità che proponesse per conto proprio fondandosi sulla medesima causa, la sentenza che avesse rigettata la istanza dell'altro coniuge. A ciascuno dei due distintamente compete infatti un'azione propria per contestare la legittimità di colui che trovasi indebitamente in possesso dello stato di loro figlio legittimo; nè vi è ragione alcuna per attribuire una rappresentanza legale nel giudizio, per colui che vi è rimasto estraneo, all'altro che ha preventivamente promossa l'azione; nè è qui allegabile la indivisibilità dello stato personale, poichè non trattasi di ammettere in parte e in parte negare l'esistenza di uno stato o gli attributi essenziali che lo caratterizzano, ma solo di distinguere le persone rimpetto alle quali ha valore la dichiarazione relativa a tale stato contenuta nella sentenza, ed è concepibile che la dichiarazione giudiziale sia efficace solo pei contendenti, lasciando inalterati per chi non fu parte nel giudizio i preesistenti suoi rapporti col convenuto. Non vi è quindi motivo per disapplicare in questa ipotesi il principio generale stabilito nell'art. 1351, che l'autorità della cosa giudicata non ha luogo se non tra le medesime parti che furono in causa. Ed il legislatore stesso ha dimostrato con disposizione espressa di non ritenere che all'applicazione del predetto principio abbia a fare ostacolo la indivisibilità dello stato personale, allorchè ha dichiarato nell'art. 402 che " *La sentenza di rettificazione* (d'un atto " dello stato civile) *non potrà mai essere opposta a quelli* " *che non concorsero a domandare la rettificazione, o non* " *furono regolarmente chiamati nel giudizio* „.

Ma la sentenza pronunziata sulla contestazione di legittimità intentata da uno dei genitori o da ambidue potrà avere, o no, l'autorità di cosa giudicata pei loro *figli o discendenti?* È stata suggerita a tale proposito la seguente distinzione: " I figli — si è detto — hanno una duplice

" qualità: sono eredi, e sono membri della famiglia alla " quale appartengono per sangue. Come eredi, essi sono " necessariamente rappresentati dal padre loro nel giudizio " in cui egli è stato parte, giacchè non hanno sulla eredità " paterna altri diritti oltre quelli che tengono dal defunto " come successori universali; epperò se taluno è stato " dichiarato figlio legittimo del defunto, gli eredi devono " ammetterlo alla successione del padre. Quanto invece " ai diritti che loro appartengono come membri della " famiglia, essi non sono più rappresentati dal padre loro, " bensì hanno un diritto proprio... ". Dal che conchiudeva l'autore che la sentenza dichiarante la legittimità del figlio avrebbe autorità di cosa giudicata contro gli altri figli quanto alla successione del padre, contro il quale la sentenza fosse stata pronunziata, ma non relativamente " al " nome ed alla parentela; nè per conseguenza relativa- " mente alle successioni che venissero ad aprirsi poste- " riormente alla morte del padre " (1).

La distinzione segnalata nella prima parte della surriferita argomentazione dal *Laurent* è incontestabilmente vera, e perciò ricordammo in principio di questo numero essere essa da tener presente come fondamentale. Nè poniamo in dubbio che *gli eredi* di chi fu attore in contestazione di legittimità, non venienti in qualità di figli o discendenti di lui, avendo solamente diritti di puro interesse pecuniario, non potrebbero accampare ragioni diverse o maggiori di quelle che competevano al loro autore; e conseguentemente, supposto che costui fosse stato soccombente nell'azione da lui intentata per contestazione della legittimità di un figlio, l'autorità della sentenza non potrebb'essere disconosciuta dagli eredi, i quali dunque dovrebbero ammettere il figlio dichiarato legittimo alla successione paterna. Ma dubiteremmo invece della ulteriore conseguenza, che dalla distinzione predetta verrebbesi

(1) V. Laurent, t. III, n. 490, pag. 625-626.

a dedurre in senso contrario, secondo la teoria del *Laurent*, che cioè *pei figli o discendenti* dell'attore in contestazione di legittimità, l'istanza del quale fosse stata respinta con sentenza passata in giudicato, questa non farebbe stato; cosicchè costoro potrebbero, non ostante quella sentenza, contrastare al figlio, la cui legittimità ne risulterebbe, il diritto ad altre successioni apertesi dopo la morte del padre. Ne dubiteremmo, perchè — come dicemmo superiormente — a noi sembra che l'applicazione del principio, secondo cui l'autorità della cosa giudicata è da tenersi ristretta alle parti che furono in causa ed a coloro che le rappresentano o furono da esse legittimamente rappresentati, sia riferibile a quelli che sarebbero i veri effetti diretti ed immediati della sentenza, non già alle conseguenze legali indirettamente derivanti dallo stato personale di cui la sentenza non ha fatto che dichiarare l'esistenza. Vero è bensì che i figli o discendenti dell'attore in contestazione di legittimità — e parimente tutti gli altri che per vincolo di parentela facciano parte della famiglia di lui — hanno, singolarmente ciascuno, un diritto proprio e indipendente di esercitare per conto proprio e nel loro proprio interesse morale una simile contestazione, nella quale perciò non rappresentano altri e non ne sono rappresentati. Ciò però deve intendersi ragionevolmente sotto la limitazione che coll'esercizio di questa loro azione essi non vengano ad offendere un diritto altrui legittimamente acquisito. Ora, ciò appunto avverrebbe ammettendo che dopo respinta, con sentenza passata in giudicato, la contestazione di legittimità proposta dal genitore, potessero ancora gli altri figli o discendenti di lui, od altri parenti, rinnovare una simile contestazione: imperocchè in seguito a quella sentenza il figlio aveva un diritto legalmente accertato allo stato di legittimità, ed ammettendo una ulteriore contestazione da parte d'altri si offenderebbe la indivisibilità di tale stato, a cui verrebbesi a togliere un attributo suo essenziale, quale si è quello del vincolo di parentela coi figli o discen-

denti, o cogli altri componenti la famiglia del genitore soccombuto nel precedente giudizio da lui promosso di contestazione della legittimità del figlio. — Questi motivi della opinione nostra essendo manifestamente identici — come accennammo — tanto pei figli immediati o discendenti, quanto per tutti gli altri parenti legittimi del genitore, del quale sia stata rigettata l'azione in contestazione di legittimità d'un figlio, ne seguirebbe che nessuno di quei parenti potesse più muovere nell'interesse proprio una simile contestazione, che ferirebbe un diritto già acquisito dal figlio rimasto vincitore nella causa intentatagli dal padre, scindendo in suo danno gli attributi di quello stato personale che fu giudizialmente riconosciuto spettargli.

Se la contestazione di legittimità non sia stata proposta, come supponemmo finora, da uno di quelli che sarebbero i genitori del convenuto secondo il possesso di stato ch'egli abbia di fatto o di diritto, ma da un figlio di costoro o da un qualunque altro parente legittimo (giacchè tutti i parenti legittimi hanno un interesse morale a tale contestazione, e basta un interesse qualunque, ancorchè non pecuniario, per dar fondamento alla contestazione stessa), non par dubbio che la sentenza pronunziata sulle istanze di qualcuno di questi parenti non potrebbe, di regola, avere l'autorità di cosa giudicata rispetto agli altri parenti e tanto meno rispetto ai genitori del convenuto. Evidentemente non sarebbe qui invocabile — quand'anche fosse da ammettersi in massima — la *teoria del legittimo contraddittore;* imperocchè ai singoli parenti non spetta qualità alcuna per rappresentare legittimamente gli altri nel giudizio. Nemmeno potrebbesi in questo caso allegare, generalmente almeno, l'indivisibilità dello stato personale: perchè trattandosi dei rapporti, dipendenti dalla legittimità di filiazione, che siano da ritenersi esistenti tra il figlio, la cui legittimità è contestata, ed i parenti singoli, sarebbe concepibile che tali rapporti potessero sussistere rispetto ad uno di questi parenti e non rispetto ad altri, nè

quindi tra più giudicati che pronunciassero rispettivamente in senso diverso saprebbesi trovare quella contraddizione la cui possibilità costituisce il motivo pel quale è stabilita dalla legge l'autorità della cosa giudicata; ond'è conseguente che debbasi mantener ferma l'osservanza del principio che " l'autorità della cosa giudicata non ha luogo, " se non quando *la domanda sia tra le medesime parti* ". Pensiamo tuttavia potersi verificare qualche caso in cui la sentenza pronunziata sulla contestazione di legittimità promossa da taluno dei parenti sia opponibile anche ad altri parenti ed invocabile da essi; quando cioè dall'applicazione della massima contraria deriverebbe una vera divizione dello stato personale, venendosi ad escludere alcuni degli attributi essenziali di quello stato quale risultava dalla sentenza. Con ciò intendiamo di riferirci ai figli o discendenti, sia di colui del quale è stata contestata la legittimità di filiazione, sia del parente da cui la contestazione è stata promossa; parendoci un essenziale attributo dello stato personale risultante dalla sentenza, ch'esso si comunichi alla discendenza di chi fu parte in causa. Così, qualora venga respinta l'istanza del parente attore, essendo mantenuto il rapporto di parentela legittima tra lui ed il convenuto, opiniamo che dovrebbe per conseguenza ritenersi esistente un simile rapporto tra i figli o discendenti dell'attore ed il convenuto, e tra i figli o discendenti del convenuto e l'attore. Qualora all'opposto venisse dichiarata la illegittimità del convenuto, dovrebbe rimanere escluso il rapporto di parentela, tanto pei figli o discendenti di lui, quanto per quelli dell'attore.

È stata professata da alcuni autori una teoria, che sebbene da essi riferita specialmente all'azione in reclamazione di stato, potrebbe forse, per identità di motivi, essere invocabile anche per quella in contestazione di legittimità. Secondo la quale teoria farebbesi luogo ad una derogazione del principio generale sull'autorità della cosa giudicata quando la questione di stato fosse stata discussa con

tutti i parenti che componevano la famiglia allorchè la sentenza fu pronunziata: perchè — dicono quegli autori — “ i membri della famiglia non ancor nati al momento in “ cui la sentenza è resa, debbono reputarsi rappresentati “ nel giudizio dalla totalità dei membri esistenti a quel- “ l'epoca „ (1). Altri però si pronunziarono in senso contrario, sostenendo non potervi essere, neppure nel caso speciale sopra figurato, l'autorità della cosa giudicata contro persone che non furono parti nel giudizio, e doversi perciò riservare impregiudicati anche pei singoli parenti futuri i loro diritti a contestare la legittimità di chi indebitamente possegga uno stato personale che non gli appartiene (2). I signori *Aubry e Rau*, benchè non esitassero a riconoscere che quest'ultima opinione “ sarebbe “ forse più conforme al sommo rigore dei principii „, dichiararono però di trovare ostacolo ad aderirvi per considerazioni riguardanti “ le necessità pratiche e l'interesse delle “ famiglie „ : perchè, dicevano, “ quando siano stati messi “ in causa tutti i membri della famiglia allora esistenti, “ non sarebbe ragionevole nè equo l'obbligare l'attore a “ ricominciare la lotta qualunque volta la famiglia si aumen- “ tasse d'un nuovo membro; il quale sistema condurrebbe “ alla conseguenza che se qualche successione collaterale “ venisse ad aprirsi in un avvenire anche il più lontano, “ si potrebbe sempre contestare ai chiamati la qualità di “ parenti legittimi, non ostante che questa loro qualità “ risultasse accertata da una sentenza pronunziata in con- “ traddittorio di tutti i membri della famiglia che allora “ esistevano „. In quest'argomentazione è supposto trattarsi d'una sentenza con cui sia stata accolta l'azione proposta da tutti i membri della famiglia allora esistenti. Ma

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Questions d'état*, § 3, art. 2, n^{i} 3, 4; Zachariae, t. II, § 527 *bis*, n^{a} 28, 2^{a} ed. Bruxelles; Aubry et Rau, t. II, § 544 *bis*, n^{a} 32, 4^{a} ed. Bruxelles.

(2) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. I, sect. IV, obs. II, 1°; Demolombe, t. V, n. 321; Laurent, t. III, n. 490, 493.

s'intenderebbe forse che fossero da ritenersi altre massime pel caso che l'azione fosse stata respinta, e si ammetterebbero allora a riproporre la stessa azione i nuovi membri di cui la famiglia si fosse aumentata dopo la sentenza? Una simile distinzione non parrebbe sostenibile; perchè il principio che l'autorità della cosa giudicata sta solamente in riguardo alle parti, che siano giuridicamente le stesse fra le quali la sentenza fu resa, è applicabile parimente alle sentenze che abbiano deciso in favore o contro le istanze di chi agì in giudizio. “ *Res inter alios judicatae* “ *neque emolumentum afferre his, qui judicio non interfue-* “ *runt, neque praejudicium solent irrogare* „ (L. 2, C. *quib. res judic. non nocet*, VII, 56). Del resto, qualunque potesse essere il valore attribuibile *in diritto costituendo* alle considerazioni addotte dai sullodati autori, non le crederemmo attendibili *in diritto costituito;* perchè tenderebbero a rendere ammissibile, contro i principii sull'autorità della cosa giudicata stabiliti nell'art. 1351, una eccezione che non è scritta nella legge, e il solo legislatore può creare delle eccezioni ai principii ch'egli ha determinati.

Riteniamo pertanto che una sentenza colla quale, sovra istanza di alcuni od anche di tutti i parenti allora esistenti di chi possedeva di fatto o di diritto lo stato di figlio legittimo, sia stata risoluta la contestazione di tale legittimità, sia poi stata accolta o respinta l'azione, non possa avere autorità di cosa giudicata nè pro nè contro altri parenti che non siano stati in causa, ancorchè nati posteriormente alla pronunciazione della sentenza. “ I figli — disse il “ *Laurent* — che nascono dopo la sentenza, sono rappre- “ sentati dai loro autori nella loro qualità di eredi; vale “ a dire quanto ai diritti pecuniari che hanno formato “ oggetto della lite: ma essi non sono rappresentati, nè “ potrebbero esserlo, quanto ai diritti di famiglia, che “ derivano loro dal sangue, dalla razza. Essi avrebbero “ certamente il diritto di contestare la legittimità d'un “ individuo che invocasse il possesso di stato. A maggior

“ ragione debbono avere il diritto di combattere le pre-
“ tensioni di chi opponga ad essi una sentenza „. E se — aggiungiamo noi — non vale come cosa giudicata a fronte di costoro la sentenza proferita in contraddittorio di tutti i membri della famiglia, che esistevano a quel tempo, cosicchè l'essere stata con quella sentenza respinta l'istanza in contestazione di legittimità non impedisce ai nati dopo, di rinnovare la stessa contestazione, bisogna pure di necessità ritenere che qualora la sentenza pronunziata sulla prima contestazione l'abbia invece accolta a favore degli attori, siano pure stati tutti i parenti che esistevano allora, i nati posteriormente non possono aver diritto d'invocarla a proprio vantaggio, in virtù del principio che la cosa giudicata come non può pregiudicare, così neppur può giovare a quelli che non furono parti in causa. “ Res
“ judicata neque praejudicium irrogare, his qui judicio
“ non interfuerunt, neque emolumentum afferre solet „.

34. Tra i casi diversi di *contestazione di legittimità* abbiam visto annoverarsene uno specialmente contemplato nel codice civile e da esso regolato con apposita disposizione che è la seguente:

“ La legittimità del figlio nato trecento giorni dopo lo
“ scioglimento o l'annullamento del matrimonio può
“ essere impugnata da chiunque vi abbia interesse „ (articolo 169 cod. civ.).

Questa massima concorda perfettamente coll'altra fondamentale che fu espressa nell'articolo 160, o piuttosto non ne è che l'applicazione; poichè se lo stato di legittimità appartiene soltanto al figlio che sia concepito, o nato almeno, durante il matrimonio, e se per *presunzione assoluta*, a termini del citato articolo 160, si ha come verificato il concepimento in costanza del matrimonio solamente quando la nascita del figlio avvenga *non dopo trecento giorni dallo scioglimento od annullamento del matrimonio medesimo;* ne deriva senza dubbio che il figlio nato dopo

quei trecento giorni sia dalla legge ritenuto come illegittimo, epperò qualunque persona interessata possa addurre questa presunzione legale assoluta e d'ordine pubblico, per impugnare lo stato di legittimità di cui il figlio si trovasse ingiustamente in possesso.

Da questa relazione, che si scorge manifesta, tra i due articoli 160 e 169, risulta già qualche conseguenza importante per l'interpretazione dell'ultimo di essi. I termini nei quali è espresso potrebbero lasciare qualche dubbio nel decidere se, nascendo il figlio precisamente *nel trecentesimo giorno dopo quello in cui il matrimonio fu sciolto od annullato*, potesse farsi luogo alla contestazione della legittimità; ed anzi potrebbe propendersi più facilmente per rispondere in senso affermativo; dappoichè nasce veramente *trecento giorni dopo* lo scioglimento del matrimonio, chi viene alla luce *nel trecentesimo giorno*, computato partendo da quello di tale scioglimento, senza comprenderlo nel termine. Ma questa soluzione non sarebbe conforme agli intendimenti del legislatore, perchè l'articolo 160 vuole che *si presuma concepito durante il matrimonio* il figlio nato *non dopo i trecento giorni dallo scioglimento od annullamento predetti;* donde si fa palese che solamente quando *tra il dì dello scioglimento del matrimonio e quello della nascita* del figlio, non computati nè l'uno nè l'altro, *siano scorsi trecento giorni intieri*, avvi illegittimità del figlio.

Come nell'articolo 160, così nel 169, l'esservi parificato il caso di *annullazione* a quello di *scioglimento* del matrimonio, dipende dai principii relativi al *matrimonio putativo;* secondo i quali esso mantiene pel passato gli effetti civili, come se fosse stato valido, anche riguardo alla legittimità dei figli, ma non può produrre più effetti somiglianti per l'avvenire, riguardo ai figli che fossero concepiti posteriormente all'annullazione del matrimonio dei genitori.

Poichè, come dimostrammo, la presunzione stabilita nell'art. 160 circa la *massima durata* possibile della gestazione, è tra quelle che debbonsi considerare come *assolute*,

tali cioè da escludere qualunque prova in contrario; cosicchè la sentenza che, fondandosi su qual si fosse mezzo di prova, dichiarasse esser durata la gestazione per maggior tempo di quello presunto come massimo dalla legge, recherebbe una manifesta violazione di questa, e sarebbe quindi soggetta a censura; è dunque manifesto che nemmeno nell'applicazione dell'articolo 169 può ammettersi come *facoltativo* all'autorità giudicante di respingere l'azione in contestazione di legittimità, quando sia provato che il figlio contro il quale quest'azione è rivolta sia veramente nato *dopo trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio.* Questa massima, che nella legislazione francese subì dapprima qualche contestazione, è ormai professata concordemente dalla dottrina e consacrata dalla giurisprudenza; ed è stata ampiamente dimostrata dal nostro *Borsari* (1).

35. Qual è veramente lo stato giuridico che la legge assegna al figlio nel caso contemplato dall'art. 169 del codice civile?

Particolarizziamo di più il quesito: il figlio *nato dopo trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio*, è da considerarsi come *illegittimo di pien diritto*, o al contrario *è riputato legittimo*, finchè gl'interessati non gli contestino ed una decisione avente forza di cosa giudicata non gli tolga lo stato di legittimità? La quistione è importante; non solo per l'interesse puramente scientifico, pur non mai trascurabile, di serbare la maggiore esattezza che si possa nella determinazione dei principii, ma eziandio per le gravi conseguenze che possono derivare in pratica dall'adottare l'una piuttostochè l'altra delle accennate soluzioni.

---

(1) V. Toullier, t. II, n. 828; Valette sur Proudhon, t. II, pag. 46; Duranton, t. III, n. 56, s.; Zachariae, § 546, n. 2, pag. 263, nª 2; Demolombe, t. V, n. 85, 86; Marcadé, art. 315, § II, t. II, n. 17; Laurent, t. III, n. 387, 463; Borsari, *Comm.*, art. 169, § 419, t. I, pag. 639.

Se alla fatta domanda si dovesse rispondere colla sola scorta dei principii generali, non sarebbe da esitare a decidersi per la illegittimità *di pien diritto*. Di vero, il figlio che nasce *dopo trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio*, è ritenuto come *concepito fuori di esso*, per una *presunzione legale assoluta* (articolo 160 cod. civ.). E poichè chi è *concepito e nato fuori di matrimonio* non è mai considerato dalla legge che come *illegittimo* (art. 159 e seg., 179 e seg. cod. civ.) come tale dovrebbe dunque riguardarsi quel figlio per virtù diretta e immediata delle disposizioni della legge stessa. D'altra parte, ammettendo una massima diversa, fin dove mai non si potrebbe giungere? Il figlio che nascesse uno o più anni dopo sciolto il matrimonio, si riputerebbe tuttavia legittimo, per ciò solo che la madre sua si fosse trovata un tempo in istato coniugale. Si arriverebbe così ad un assurdo che toccherebbe il ridicolo.

Non può negarsi però che all'ordine d'idee che parrebbe il più naturale presenta qualche resistenza il testo della legge; la quale dicendo che del figlio nato dopo trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio *può essere impugnata la legittimità*, sembra dunque supporre che *la illegittimità non sia di pien diritto*; che al contrario *si presuma la legittimità*, se si lascia luogo soltanto ad impugnarla; che dunque la illegittimità abbia d'uopo d'essere dichiarata giudizialmente. Fu questo appunto che confortò maggiormente alcuni dei primi interpreti del codice Francese ad abbracciare l'idea, abbandonata poi totalmente, come vedemmo, dalla dottrina, che non ostante l'essere decorsi 300 giorni compiuti tra lo scioglimento del matrimonio e la nascita del figlio, fosse tuttavia in facoltà dei giudici il dichiarar questo *legittimo*.

Da quanto abbiamo premesso risulta già come sia grave abbastanza la dubbiezza che si presenta nella risoluzione del quesito proposto in principio di questo numero. Le opinioni degli autori francesi furono infatti discordanti.

Stettero alcuni per *l'illegittimità di pien diritto del figlio nato dopo trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio* (1). Essi però intendevano più che altro riferirsi alla massima richiamata nel numero precedente, che non possa essere in facoltà dei giudici, ritenendo dimostrato in fatto che la nascita del figlio sia posteriore di più che 300 giorni a quello dello scioglimento del matrimonio, dichiarare tuttavia legittimo il figlio stesso; e in questo senso dicevano *essere la illegittimità di pien diritto*. Ma non sembra perfettamente esatto questo modo di considerar la questione. Può darsi che, in presenza di certi fatti determinati dalla legge, l'autorità giudiziaria chiamata a pronunciare su una questione di stato legittimo non possa esimersi dal dichiarare la *illegittimità*, e tuttavia non sia questa da considerarsi come esistente di *pien diritto*. Per dimostrarlo non avremmo che a ricordare ciò che avviene nel caso di *disconoscimento del figlio nato prima che fossero trascorsi centottanta giorni dopo il matrimonio* (art. 161 cod. civ.). Allora il marito *che nega la sua paternità* a quel figlio, non ha bisogno di produrre alcuna prova in appoggio di tale negazione; la quale, generalmente, basta da sè a distruggere la presunzione legale di paternità legittima, perchè una tale presunzione avrebbe per suo principale fondamento l'altra di un *tacito riconoscimento di paternità* da parte del marito. Tanto è lungi che possa essere facoltativo all'autorità giudicante di proclamare la legittimità del figlio in simil caso! Eppure chi vorrebbe sostenere che *l'illegittimità* fosse allora *di pien diritto*, mentre anzi la legge *presume la paternità legittima*, ed è necessario che il marito intenti un'azione apposita per distruggere quella presunzione? Per conciliare poi l'idea, propugnata da questi autori, di una *illegittimità di pien diritto*, coi termini della legge che parla di una *legittimità impugnabile*, si osservava potersi verificare casi *d'incertezza*

---

(1) V. Toullier, t. II, n. 828, 829; Delvincourt, l. I, tit. VI, chap. IV, sect. II, § 1, n. 2, t. I, pag. 88, 202, 203.

intorno al dì della nascita del figlio o dello scioglimento del matrimonio, ovvero poter essere erronee le indicazioni contenute in proposito negli atti corrispondenti dello stato civile; e per tali casi appunto dicevasi essere ammessa la *contestazione di legittimità*. Ma a ciò giustamente si rispondeva, che, ben lungi dal presupporre tali incertezze od errori, l'art. 315 del codice Francese, a cui corrisponde l'art. 169 del codice Italiano, supponeva al contrario che fosse stabilito in fatto con certezza *esser nato il figlio trecento giorni dopo lo scioglimento del matrimonio*.

Di fronte a questo primo sistema ne fu proposto un altro, assai diverso pei principii da cui partirebbe e per le conseguenze che ne deriverebbero. Il figlio nato dopo trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio, non solo non sarebbe illegittimo di pien diritto, ma avrebbe anzi in proprio favore la *presunzione* di *legittimità*; di guisa che, quando anche egli non si trovasse nè di fatto nè di diritto in possesso dello stato legittimo, ma *venisse a reclamare i vantaggi e i diritti della legittimità*, invocando quella presunzione legale, *non si potrebbe respingere tale sua reclamazione fuorchè facendolo, in via di eccezione, dichiarare illegittimo*. Così il figlio non sarebbe, nel supposto caso, nè illegittimo di pien diritto, nè di pien diritto legittimo. Sarebbe bensì *presunto legittimo*, e lo sarebbe perciò solo che nacque da donna la quale fu un tempo maritata. Ma questa presunzione ammetterebbe contestazione, la quale dovrebbe necessariamente trionfare quando fosse riconosciuto che il figlio fosse nato dopo i trecento giorni da quello dello scioglimento del matrimonio; nè allora potrebbe essere lecito ai giudici di pronunciarsi tuttavia per la legittimità, ammettendo una durata della gestazione più lunga di quella presunta come massimo dalla legge (1). Questo secondo sistema sembra però, più ancora del primo, inconciliabile coi principii generali e col testo della

(1) V. Zachariae, § 546, n. 2°; Demolombe, t. V, n. 82-87.

legge. Il carattere particolare, che distingue questa dalle altre opinioni nell'argomento di cui trattiamo, consiste nel ritenersi che il figlio, nato dopo i trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio, possa, non ostante che gli manchi qualunque possesso di fatto dello stato di legittimità, e sebbene non ne abbia neppure quella specie di possesso di diritto che risulterebbe dall'essere egli iscritto come figlio legittimo nei registri dello stato civile, *reclamare i diritti ed i vantaggi dello stato legittimo;* nè gli aventi interesse contrario possano difendersi contro tale domanda di lui, fuorchè *contestando la pretesa sua legittimità* e facendo dichiarare per sentenza ch'essa non gli appartiene. Ed è ciò che ci ha fatto dire ritenersi da questi autori che il figlio, nato dopo i trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio, abbia tuttavia in proprio favore una *presunzione legale di legittimità;* dappoichè se ciò non fosse, non potrebbesi concepire come il figlio, senza reclamare uno stato di cui non ha possesso di sorta, potesse invocarne i vantaggi e i diritti; nè come ai suoi contraddittori fosse necessario l'esercitare un'azione in contestazione di legittimità. Sappiamo infatti che, per potersi limitare a reclamare i diritti e i vantaggi annessi ad uno stato, bisogna *avere il possesso di questo stato in fatto o in diritto almeno;* e chi non abbia nè l'una nè l'altra di queste specie di possesso, non può che esercitare una *vera azione in reclamazione dello stato* che pretenda competergli, salvo il far valere, sia nello stesso, sia in separato giudizio, i diritti particolari che ne dipendono e ne formano gli attributi. Sappiamo pure che la contestazione di legittimità non è concepibile se non dove esista l'apparenza almeno dello stato legittimo. Or qui supponendosi che il figlio, nato dopo trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio, non abbia in fatto il possesso dello stato di legittimità, nè sia iscritto come figlio legittimo nei registri dello stato civile, il che gli darebbe una specie di possesso di diritto dello stato predetto, non potrebb'egli certamente esercitare

i diritti ed invocare i vantaggi dipendenti da quello stato, come d'altra parte sarebbe impossibile agli avversari di lui il contestargli una legittimità che nemmeno apparentemente esisterebbe in suo favore. Per ammettere il contrario, per ritenere esercibili da parte del figlio i diritti particolari che dipenderebbero dalla legittimità del suo stato, e ritenere necessario, per gl'interessati ad opporvisi, di *contestare la legittimità* di lui, bisogna supporre inevitabilmente che il figlio nato dopo trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio abbia, ciò non ostante, in proprio favore una *presunzione di legittimità;* la quale allora costituirebbe essa stessa a favore del figlio una specie di *possesso di diritto dello stato legittimo* e giustificherebbe quindi il potersi invocare senz'altro dal figlio medesimo i diritti particolari che sarebbero conseguenze di quello stato, e il rendersi necessario, per coloro che avessero interessi opposti, l'agire in contestazione della legittimità.

Compresa in tal modo la teoria della quale discorriamo, sembra che ne risulti molto facilmente dimostrato ciò che di essa dicemmo, che cioè non si possa conciliarla coi principii fondamentali, nè col testo della legge. Allorchè questa parla della contestazione di legittimità del figlio nato dopo trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio, suppone che tale tardività di nascita sia sicuramente constatata. Lo provano all'evidenza le parole stesse in cui era espresso l'art. 315 del codice Francese e che furono riprodotte nell'art. 169 del codice Italiano. Ora, posto ciò, come mai sarebbe supponibile che in tali circostanze il figlio avesse tuttavia in proprio favore una *presunzione legale di legittimità?* Ciò sarebbe quanto porre la legge in una flagrante contraddizione con sè medesima; poichè essa non stabilisce presunzione di legittimità fuorchè in favore del figlio che sia *nato non dopo trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio* (art. 160 cod. civ.). Se queste osservazioni sono

vere, mancherebbe dunque di sufficiente solidità la base su cui è innalzata tutta questa teoria, la quale pertanto non sembrerebbe accettabile.

Viene da ultimo un terzo sistema, secondo il quale il figlio, nato dopo trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio, ha contro di sè una *presunzione legale assoluta d'illegittimità;* e se tuttavia, per la pratica applicazione di questa presunzione, la legge richiede che qualche persona interessata promova l'azione in contestazione di legittimità, ciò avviene solo " perchè nessuno interesse particolare " può essere combattuto se non da un interesse contrario; " perchè la legge non può occuparsi di riformare ciò che " agli occhi suoi non consta; e se lo stato del figlio non " è impugnato, esso rimane coperto dal silenzio che nes- " suno è interessato a rompere „ (1). E se questi concetti si completino coll'aggiungervi che la *contestazione di legittimità* non diviene veramente necessaria se non quando il figlio nato dopo trecento giorni dallo scioglimento o dalla annullazione del matrimonio sia di fatto in possesso dello stato legittimo, od almeno apparisca iscritto come figlio legittimo nei registri dello stato civile, ci sembra questa ultima la soluzione vera dell'importante quesito. Questa via fu additata dall'illustre cons. *Borsari* (2); col quale soltanto, per le ragioni già sopra dette, non sapremmo accordarci dove dice che " il figlio, *la cui legittimità può* " *essere impugnata*, è per conseguenza *legittimo* „; sebbene aggiunga che tratterebbesi, ciò ben s'intende, d'una legittimità *semplicemente presunta.*

Riassumendo e coordinando le idee fin qui esposte, ne risulterà ora quella che a noi sembra la vera interpretazione da darsi all'art. 169 circa lo stato ch'esso attribuisce al figlio, nel caso ivi contemplato.

Lo stato civile di legittimità essendo opera della legge e

---

(1) V. Duranton, t. II, n. 57, 58; Valette sur Proudhon, t. II, ch. I, sect. I, § 3, n. 2; Duvergier sur Toullier, an. au n. 828, t. II.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 169, vol. I, § 419 in fine, pag. 640.

dipendendo *esclusivamente* dalle disposizioni di essa, ne segue che, qualora quello stato non possa fondarsi sopra veruna presunzione dalla legge medesima stabilita, debba necessariamente considerarsi come *esistente per diritto la illegittimità*. Nè all'applicazione di questa massima può fare ostacolo la considerazione che, in casi e per circostanze determinate dalla legge, divenga necessaria una *formale contestazione della legittimità;* poichè anche di ciò che per sè esista *di pien diritto* può abbisognare la dichiarazione giudiziale, ogni volta che, a ristabilire il diritto che in fatto sia disconosciuto, occorra di dover togliere ad altri un possesso che al diritto sia contrario. Ora il figlio che nasce dopo trecento giorni dallo scioglimento o dalla annullazione del matrimonio non ha in proprio favore nessuna presunzione di legittimità; lo dichiara in modo esplicito ed assoluto l'art. 160 del codice civile. Egli è dunque, *per diritto, illegittimo*. Nè questa massima può confondersi coll'altra, accennata in fine del numero precedente, che *non sia facoltativo ai giudici il dichiarare esistente lo stato di legittimità*, qualora sia provato che il figlio nacque dopo il 300mo giorno dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio; poichè potrebbe non sussistere la illegittimità di pien diritto, anzi all'opposto esservi una *presunzione di legittimità*, e tuttavia, quando una tale presunzione rimanesse distrutta dalla dimostrazione di certi fatti dalla legge stessa determinati, non esser lecito alla autorità giudicante il pronunziare in contrario mantenendo ferma quella presunzione.

Il principio che nel caso contemplato dall'art. 169 la illegittimità debbasi considerare come esistente *di pien diritto*, non risguarda però veramente fuorchè *l'attribuzione che la legge fa di tale condizione al figlio nato dopo i* 300 *giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio*. Ma *il possesso* che il figlio abbia di uno stato contrario, o *il titolo* risultante dagli atti dello stato civile, secondo cui il figlio stesso apparisca come legittimo, possono rendere necessaria

una *dichiarazione giudiziale*, dalla quale siano ristabilite le cose secondo il vero loro *stato di diritto*. È allora che, sebbene lo stato del figlio sia, *di diritto*, *illegittimo*, non si può fare a meno di ricorrere alla *contestazione di legittimità*, per distruggere gli effetti che producevano i fatti contrari del possesso o del titolo consistente nell'atto dello stato civile; non già perchè questi fatti traessero seco una *presunzione legale di legittimità* in favore del figlio, ma perchè, presentando essi apparenze opposte alla *vera presunzione legale d'illegittimità*, queste apparenze, che hanno veste di legalità, non possono essere rimosse arbitrariamente, ma solo mediante sentenza, a provocar la quale è necessaria la *contestazione di legittimità*.

L'azione corrispondente avrebbe potuto essere attribuita dalla legge anche al *pubblico ministero*, come si è fatto di altre azioni relative a stato personale (art. 104, 112 codice civile) considerando anche questa come interessante *l'ordine pubblico*. Ma sì questa in contestazione di legittimità, come ogni altra azione concernente lo *stato di filiazione* legittima, fu meritamente ritenuta di diritto puramente privato per ciò che risguarda l'esercizio di ciascuna di esse; imperciocchè l'interesse privato vi è naturalmente prevalente d'assai sull'interesse pubblico, nè sarebbe convenuto il porre questo in conflitto con quello. Pertanto *ai soli interessati* fu riservato, anche nei casi contemplati dall'art. 169, l'esercizio dell'azione in contestazione di legittimità. E l'essere in facoltà loro il promuovere tale azione, o lasciare al figlio il possesso ch'egli abbia dello stato legittimo, sebbene sia esso in opposizione alla presunzione assoluta della legge che riguarda il figlio come illegittimo, può riuscire anche ad un utile temperamento; pei rari casi in cui la presunzione medesima non corrispondesse alla verità. Così quando gl'interessati, convinti dalle circostanze particolari da cui sia stata accompagnata la gestazione, e dalla irreprensibilità dei costumi della madre, che la tardività della nascita sia stata una singolare deviazione dalle leggi ordi-

narie di natura, non vogliano impugnare lo stato del figlio, egli continuerà a godere ed esercitare i diritti e i vantaggi dello stato che possiede, quantunque per diritto veramente non gli appartenga: salvo sempre il dover essere imprescindibile l'effetto della contestazione che gl'interessati si determinassero in qualunque tempo ad esercitare.

Però i sopraccennati due casi sono i soli in cui rendasi veramente necessaria la contestazione di legittimità. Che se invece il figlio, nato dopo trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio, non avesse il possesso dello stato di legittimità, nè fosse iscritto nei registri dello stato civile come figlio legittimo, non potrebbe mai occorrere il bisogno di simile contestazione. Il figlio predetto non potrebbe infatti esercitare senz'altro i diritti ed invocare i vantaggi dello stato di legittimità, poichè ciò non può esser proprio se non di chi abbia già in fatto o in diritto il possesso di quello stato. Se poi egli si facesse ad intentare un'*azione in reclamazione di stato legittimo*, vi troverebbe un ostacolo invincibile nella presunzione assoluta d'illegittimità risultante contro di lui dalla massima stabilita nell'art. 160; l'applicabilità della qual presunzione si rivelerebbe necessariamente e manifestamente dai titoli stessi ch'egli sarebbe costretto a produrre in appoggio della propria azione. E quand'anche quei titoli, cioè gli atti dello stato civile prodotti dall'attore, contenessero indicazioni imperfette od erronee, e la parte convenuta dovesse combatterle con prove contrarie, ciò però si conterrebbe sempre entro i limiti di *semplice difesa opposta ad un'azione in reclamazione di stato*, senza mai assumere carattere di una vera *contestazione di legittimità*.

Concludendo pertanto, ci sembra che la risposta da darsi al quesito proposto in principio di questo numero, debba essere la seguente. Il figlio nato dopo trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio *è, di diritto, illegittimo*. Se però il figlio abbia in fatto il *possesso dello stato di legittimità*, o se come legittimo sia iscritto nei

registri dello stato civile, la legge tollera questo stato di cose, sebbene contrario alle presunzioni sue, e ne parifica gli effetti civili a quelli di una legittimità vera, per fino a che non sorga qualche interessato a contestarla. La contestazione, fondata sulla presunzione legale assoluta d'illegittimità, non può però lasciare la facoltà al tribunale di decidere in contrario. Se il figlio nato dopo trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio, non essendo iscritto come legittimo nei registri dello stato civile, nè avendo in fatto il possesso dello stato di legittimità, reclami i diritti e vantaggi che da tale stato dipenderebbero, gl'interessati in contrario non hanno bisogno di agire contro di esso in contestazione di legittimità, ma respingono abbastanza efficacemente le domande di lui, opponendo che gli manca la qualità per esercitare quei diritti pei quali richiederebbesi almeno il possesso, di fatto o di diritto, dello stato di figlio legittimo.

36. Poco ci resta a dire del caso opposto a quello di cui trattammo nel numero precedente, del caso cioè che il figlio sia *nato entro trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio*.

Al quesito circa lo stato che sia attribuito in questa ipotesi al figlio, risponde in termini l'art. 160 del nostro codice. Anche nel cod. Francese, benchè non vi si trovasse una disposizione corrispondente a questa nostra, era però chiaro abbastanza che l'art. 315 di quel codice, da cui fu tratto il 169 del nostro, applicava *implicitamente* la presunzione legale di legittimità a favore del figlio nato entro i trecento giorni da quello dello scioglimento del matrimonio. Ma questa massima è esplicitamente proclamata nel codice Italiano: poichè l'articolo 160 dichiara presumersi *concepito durante il matrimonio*, e quindi essere legittimo, il *figlio nato non dopo trecento giorni dallo scioglimento o annullamento del matrimonio stesso*. Così niun dubbio può esservi circa lo stato che la legge attribuisce a questo figlio. Ed è certo

altrettanto che contro di lui non potrebbesi mai far luogo ad una *contestazione di legittimità;* poichè non sarebbe caso di poter allegare che il figlio non fosse nato da madre legata in matrimonio al tempo del concepimento di lui, contro la *presunzione assoluta* della legge che lo ritiene appunto come *concepito durante il matrimonio*. L'unica via che potesse essere aperta per impugnare lo stato legittimo di questo figlio, sarebbe dunque allora l'esercizio dell'*azione in disconoscimento di paternità*, della quale tratteremo tra breve e che potrebb'essere esercitata anche dagli eredi del marito contro il figlio postumo (articolo 167 codice civile). Ma come mai potrà avvenir ciò, se, come vedemmo, le cause ammesse tassativamente dalla legge, come giustificanti la denegazione di paternità, debbono essersi verificate *in tutto il tempo decorso tra il trecentesimo e il centottantesimo giorno avanti la nascita del figlio*, mentre invece nell'ipotesi di cui ora parliamo, una parte di quel tempo, od anche talora pressochè tutto, può essere scorso dopo lo scioglimento del matrimonio, quando perciò le cause di disconoscimento non erano più possibili a verificarsi? Rispondono a questo dubbio altre massime che già abbiamo dimostrate a suo tempo; e cioè che la causa fondamentale, a cui si rannodano tutte le altre speciali per cui può farsi luogo a disconoscere la paternità, consiste nella *impossibilità fisica o presunta della paternità del marito*, impossibilità che siasi verificata per tutto il corso dei centoventi giorni tra il trecentesimo e il centottantesimo avanti la nascita del figlio; e che a costituire questa condizione può bastare anche il congiungersi, senza interruzione, al tempo non corrispondente ai 120 giorni predetti, in cui siansi verificate cause di disconoscimento della paternità, quello che sia decorso posteriormente allo scioglimento del matrimonio. Così se dalla vedova nasca un figlio ducentosessanta giorni dopo la morte del marito, il quale però, da cinquanta giorni prima e fino all'ultimo momento di sua vita, sia stato nella fisica impossibilità di coabitare colla moglie

per causa di allontanamento o per effetto d'altro accidente, od abbia vissuto durante tutto quel tempo in istato di separazione legale, senza riunirsi mai colla moglie, nemmeno momentaneamente, è certo che lo stato di legittimità di quel figlio sarà impugnabile (art. 162 e 163 cod. civ.); dappoichè per attribuirlo incontestabilmente al marito bisognerebbe supporre che il concepimento ne risalisse a *trecento dieci giorni* avanti la nascita, ciò che sarebbe in opposizione colla presunzione assoluta della legge circa la massima durata possibile della gestazione. Se non che il mezzo per impugnare lo stato del figlio non potrebb'essere allora un'azione in contestazione di legittimità, proponibile da qualunque persona interessata, in qualunque tempo, e senza condizioni nè forme speciali; ma sarebbe invece esclusivamente l'azione *in disconoscimento di paternità*, proponibile soltanto *dagli eredi del marito*, entro i termini speciali ad essi prefissi (art. 167 cod. civile) e coll'osservanza delle altre condizioni e forme stabilite appunto per l'azione predetta (d°. art. 162 al 168 codice civile) (1).

37. Ritenuto, come dimostrammo nel numero precedente, che contro il figlio nato entro i trecento giorni da quello dello scioglimento o dell'annullazione del matrimonio, non sia possibile mai alcuna contestazione di legittimità, e supposto eziandio che non si verifichino cause per le quali dagli eredi del marito si possa agire in impugnazione della paternità del loro autore; si fa luogo tuttavia a domandare se non possa verificarsi che la presunzione di legittimità trovandosi in conflitto con altra presunzione legale, in forza di cui sarebbe da attribuirsi al figlio uno stato diverso, debbasi ammettere, o per speciali circostanze, o per volontà dichiarata del figlio stesso, una prevalenza di questa presunzione su quella. Qualche breve riflessione

---

(1) V. Duranton, t. II, n. 61, 62; Zachariae, § 546, n. 3, 1ª; Borsari, *Comm.*, art. 169, § 420, n. IV, pag. 641.

potrà dissipare la nebbia da cui, al primo sguardo apparisca involta l'enunciazione di questo problema. Allorchè si tratti di un figlio *concepito e nato durante il matrimonio*, la impugnazione dello stato di lui non può aver luogo fuorchè col mezzo della *negazione della paternità del marito;* imperocchè degli altri due elementi costitutivi della legittimità, cioè la *dimostrazione della maternità* e la prova che *il concepimento sia avvenuto mentre la madre era legata in matrimonio*, supponiamo che il primo non sia contestato, e l'altro risulti dalla *presunzione assoluta* di legge stabilita nell'articolo 160 codice civile. Così l'unica azione, colla quale si possa in questo caso attaccare lo stato del figlio, è quella di *disconoscimento della paternità*. E allora non è, in generale, possibile che la *presunzione di legittimità*, risultante dagli articoli 159 e 160 combinati, si trovi in conflitto con altra presunzione d'una paternità legittima diversa, nè coll'attribuzione legale d'uno stato di filiazione naturale. Diciam questo però come regola generale, potendo infatti accadere in qualche caso eccezionale il contrario; poichè, se la donna avesse contratte altre nozze essendo ancora vincolata dal matrimonio precedente, e dopo centottanta giorni dalla celebrazione di quelle nuove nozze fosse nato un figlio, la presunzione di paternità legittima del vero marito troverebbesi in collisione, sia colla simile presunzione di paternità, pure legittima, dell'uomo con cui la moglie avesse contratto il nuovo vincolo se amendue i contraenti od uno almeno di essi fossero stati *in buona fede* (articolo 116 codice civile), sia in ogni caso colla prova della *paternità naturale* che è sempre un effetto del matrimonio annullato, quand'anche sia stato *contratto in mala fede da ambidue gli sposi*. Ma è questo il solo caso che possa far luogo a tale conflitto di presunzioni legali circa la paternità, pel figlio che sia *concepito e nato durante il matrimonio*. Se all'opposto si tratti d'un figlio che, secondo la presunzione di legge, sarebbe stato concepito in costanza del matrimonio, ma che sia *nato dopo lo scioglimento o*

l'annullazione di esso, i casi di tali conflitti possono essere ben più frequenti. Veramente ogni lotta possibile tra due opposte presunzioni di diversa *paternità legittima* sarebbe evitata qualora non si fosse contravvenuto alla disposizione dell'articolo 57 del cod. civile. Anzi, come già osservammo, basterebbe ancora meno: basterebbe che la vedova non fosse passata a nuove nozze se non *dopo trascorsi quattro mesi* dallo scioglimento o dall'annullazione del precedente matrimonio, perchè ogni pericolo di *confusione della prole* fosse reso impossibile. Ma se al contrario la donna siasi rimaritata *entro quattro mesi* dacchè fu sciolto od annullato l'anteriore matrimonio, e un figlio nasca *dopo centottanta giorni dalla celebrazione delle nuove nozze*, ma *prima che siano compiuti i trecento giorni dallo scioglimento od annullazione del matrimonio precedente*, saranno manifestamente pugnanti tra loro due presunzioni legali di paternità legittima; poichè, secondo la massima dell'art. 160. il figlio potrebbe ugualmente attribuirsi tanto al primo quanto al secondo marito.

Quand'anche poi la vedova non avesse contravvenuto all'art. 57, rimaritandosi prima che fossero scorsi dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio precedente, potrebbe ciò non ostante verificarsi un conflitto tra la presunzione di paternità legittima del marito defunto od il cui matrimonio fu sciolto, e l'attribuzione che nei modi di legge fosse stata fatta al figlio medesimo d'uno stato di filiazione naturale. Così, supposto che, *più di* 180 *e meno di* 300 *giorni dopo lo scioglimento o l'annullazione del matrimonio*, la vedova avesse dato alla luce un figlio di cui un altro si riconoscesse nei modi di legge come padre naturale, o con lui anche la madre stessa facesse un tale riconoscimento; avremmo in lotta la presunzione di paternità legittima del primo marito colla constatazione legale d'una paternità naturale (art. 179 e seg. cod. civ.). Ed anzi potremmo anche qui trovare in urto due presunzioni di diverse paternità legittime, se il figlio, riconosciuto

così dapprima come *naturale*, fosse poi stato *legittimato pel susseguente matrimonio* dei genitori (art. 194 e seg. codice civile).

Ora in questi casi di conflitto, a quale delle due opposte presunzioni che s'incontrano, a quale dei due stati contraddicentisi l'un l'altro, si dovrebbe dare la preferenza?

È già chiaro, per le cose finora esposte, che la risoluzione di questo dubbio non può essere facilissima: ed infatti troviamo per essa divise le opinioni dei più insigni giureconsulti.

Prima però di entrare ad esporre e discutere i sistemi diversi che furono proposti, riputiamo non superfluo il premettere qualche osservazione generale.

Potrebbe a prima giunta presentarsi, come mezzo decisivo per risolvere la questione, il *carattere assoluto della presunzione* per la quale, a termini dell'art. 160, il figlio nato entro trecento giorni dallo scioglimento e dall'annullazione del matrimonio è ritenuto come procedente legittimamente dal marito. Ma non bisogna dimenticare che se un carattere così *assoluto*, da escludere in tutti i casi la possibilità di qualunque prova contraria, è attribuito dalla legge alla presunzione sua circa la *massima durata possibile della gestazione*, non può dirsi altrettanto dell'altra *presunzione legale concernente la paternità*. La quale infatti lascia luogo, per disposizione della legge stessa, a prova in contrario nei casi in cui è ammessa l'*azione in disconoscimento*. Vero è che questi casi sono *tassativi*, e generalmente per ogni altra ipotesi, fuor di quelle che dalla legge sono espressamente previste, anche la *presunzione di paternità legittima* dovrebbesi riguardare come *assoluta*. Ma intanto è certo che questo carattere non può avere effetti tanto estesi nella presunzione di paternità legittima, come in quella relativa alla massima durata possibile della gestazione. A conferma di che, ed a dimostrare come, anche fuori dei casi tassativi di disconoscimento della paternità, possano esservi cause le quali tolgano ogni vigore ed applicabilità alla presun-

zione di paternità legittima, basta pensare ad un caso intorno al quale la dottrina non ha potuto rimaner dubbia, e la soluzione del quale trova per noi un appoggio sicuro in qualche disposizione testuale del nostro codice. Suppongasi che la vedova avendo partorito poco dopo la morte del marito, dia alla luce un altro figlio prima che siano decorsi trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio. Applicando puramente e semplicemente la presunzione recata dall'articolo 160, bisognerebbe dire che anche questo secondo figlio appartenesse per filiazione legittima al marito defunto. Ma chi vorrebbe sostenerlo? È troppo evidente che ad una tal presunzione resisterebbe invincibilmente una impossibilità naturale. E se il nostro articolo 57, nel suo secondo paragrafo, ha tolto alla vedova il divieto di rimaritarsi entro dieci mesi, *dal giorno nel quale ella abbia partorito*, fu perchè considerò esser cessato per questo fatto ogni pericolo di *confusione della prole;* che è quanto dire essersi implicitamente ma certamente ritenuto non potersi più attribuire al primo marito il nuovo parto, quand'anche venisse alla luce entro i 300 giorni dalla morte del marito stesso. È dunque dimostrato esservi altri casi, oltre a quelli di negazione della paternità, pei quali non potrebbe avere applicazione la presunzione di paternità legittima del marito defunto o il cui matrimonio fu sciolto. Ciò posto, che cosa dovrà dirsi quando la presunzione suddetta si trovi in collisione con altra presunzione di una diversa paternità legittima anch'essa, o colla prova d'una paternità naturale? Perchè mai darebbesi allora un'assoluta prevalenza alla presunzione che il figlio appartenga al primo marito, e si porrebbe in completo silenzio l'altra presunzione, ugualmente fondata nella legge e forse assai più efficacemente appoggiata alle circostanze particolari dei fatti, secondo la quale ad un altro potrebbesi attribuire la paternità legittima? A questo punto sembra dunque apparire abbastanza chiara la possibilità non solo, ma eziandio la molto plausibile conformità ai principii, di lasciare una certa latitudine

all'apprezzamento delle circostanze, nel decidere intorno al conflitto che si verifichi tra due presunzioni di paternità diverse; e di ritenere rimesso alla prudenza dei magistrati il pronunziare in favore dell'una o dell'altra, secondo che i motivi di ciascuna di esse si riscontrino più o meno conformi alle particolarità dei fatti provati in giudizio. Innanzi di addentrarci maggiormente nella questione e di esporre i diversi sistemi proposti dalla dottrina, importa avvertire la differenza che vi ha tra il caso di conflitto tra due presunzioni di paternità ugualmente legittima, e quello in cui, a fronte d'una presunzione di paternità legittima, non si trovi dall'altra parte che una filiazione semplicemente naturale. È evidente infatti che il modo più favorevole in cui, per molti rapporti, è stata giustamente considerata dalla legge la filiazione legittima, dovrà, nell'ultimo degli accennati casi, dare un'assai più facile prevalenza alla presunzione di paternità legittima del marito defunto o il cui matrimonio fu annullato; mentre nell'altro caso, trovandosi a fronte due presunzioni di ugual natura e valore, più grave deve riuscire il conflitto, e più difficile il risolverlo. Di queste due ipotesi tratteremo perciò separatamente; richiamando come nel novero dei casi di collisione tra due presunzioni di paternità legittima debbasi comprendere anche quello di una filiazione naturale che abbia dato luogo a *legittimazione per susseguente matrimonio*, e quello di presunzione di legittimità in favore del figlio nato prima di 180 giorni dalla celebrazione del nuovo matrimonio che la vedova abbia contratto (art. 161 codice civile).

37 *bis*, I. Riferendoci ora alla prima delle accennate ipotesi, a quella cioè di conflitto tra due presunzioni legali di diverse paternità ugualmente legittime, sta bene il ricordare come, anche nel diritto comune, la risoluzione del quesito avesse presentato tanta dubbiezza da dividere i giureconsulti in parecchie disparate opinioni. Esse ci sono

riferite dal *Voet* nel celebre suo Commentario. Volevano alcuni che il figlio, il quale secondo le norme comuni avrebbe in proprio favore due presunzioni legali di paternità diverse ma ugualmente legittime, potesse invocare contemporaneamente l'una e l'altra presunzione, esercitare quindi i diritti dipendenti da ambidue quegli stati legittimi, e per esempio ripetere gli alimenti sì dal patrimonio del primo che da quello del secondo marito della propria madre, e far valere sopra amendue quei patrimoni i diritti di successione. Altri, all'opposto, sostenevano che il figlio, il quale secondo le presunzioni comuni di legge avrebbe potuto essere attribuito a due padri, avesse da riguardarsi come non appartenente nè al primo marito nè al secondo; perchè, dicevano, le due presunzioni di legge, l'una all'altra contrarie e contemporaneamente esistenti, dovevano elidersi reciprocamente. Altri avrebbero lasciata al figlio la *facoltà di scelta tra le due paternità*, che, conformemente alle presunzioni legali, egli avrebbe potuto ugualmente reclamare. E quest'opinione avrebbe, per avventura, maggiore apparenza di fondamento che le precedenti: imperocchè — potrebbe dirsi — all'azione che il figlio eserciti per ottenere la dichiarazione del suo stato di legittimità rispetto all'uno od all'altro dei due mariti coi quali la madre sua fu successivamente legata in matrimonio, nel corso del tempo in ciascun momento del quale può, secondo la presunzione della legge, essersi avverato il concepimento, a quell'azione non saprebbesi che cosa si potesse opporre; mentre la pretensione del figlio è tutt'affatto entro i limiti delle presunzioni della legge, la quale d'altronde non reca disposizione alcuna in contrario. Infine un quarto sistema avrebbe voluto che dalla rassomiglianza del figlio all'uno piuttostochè all'altro dei due mariti, si dovesse desumere a quale di essi fosse da attribuirlo.

Ciascuna di queste opinioni era però vittoriosamente combattuta dal *Voet*. Opponeva egli alla prima l'evidente assurdità di attribuire il figlio ad amendue i mariti, con-

trastando a ciò una impossibilità naturale. Quanto alla seconda osservava, essere parimente assurdo il togliere al figlio il benefizio di qualunque presunzione di legittimità, per ciò solo ch'egli dovrebbe averne in proprio favore due in luogo di una; ed essere non solamente duro, ma pieno d'iniquità, l'ascrivere all'ordine dei figli illegittimi colui che, secondo le presunzioni di legge, quale che si fosse di esse che si volesse seguire, avrebbe ad ogni modo dovuto considerarsi come legittimo. Obbiettava alla terza opinione, essere ridicolo e ripugnante alla natura l'ammettere che taluno potesse a proprio arbitrio scegliere l'uno o l'altro individuo per genitore. Quanto all'ultima, osservava essere troppo facilmente fallace il fondamento che sarebbesi voluto dare alla determinazione della paternità; avvegnachè la somiglianza del figlio al padre sia tutt'altro che una legge costante di natura.

Conchiudeva pertanto il celebre giureconsulto col proporre che il figlio dovesse attribuirsi, come legittimo, al secondo marito; sia perchè a ciò conforta *il fatto della nascita del figlio avvenuta in costanza del secondo matrimonio*, fatto che corrobora la presunzione di paternità dell' ultimo marito — essendo più verosimile la supposizione che la vedova sapesse di non essere incinta allorchè si è legata in nuove nozze —; il che costituisce dunque una differenza importante rimpetto all'altra presunzione per la quale potrebbesi attribuire il figlio stesso anche al primo marito: sia inoltre perchè chi, contravvenendo alla legge, ha causato quella confusione di sangue, quella incertezza della prole, che la legge medesima aveva per iscopo di evitare, è giusto che sopporti le conseguenze del fatto proprio; e dovrebbe in ogni caso imputare a sè stesso se, per l'applicazione di questa massima, gli venisse attribuito un figlio che veramente non fosse suo (1).

---

(1) V. Voet, *Comm. ad Pand.*, lib. I, tit. VI, n. 9.

La dottrina moderna, quantunque abbia totalmente abbandonati alcuni dei sistemi proposti, come vedemmo, dagli antichi giureconsulti, è però tutt'altro che concorde nella soluzione del grave problema; cosicchè si annoverano ancora tre opinioni profondamente diverse, ed in qualcuna di esse sono eziandio da notarsi talune differenze, fra coloro che la professano, nel determinarne le norme d'applicazione.

La grande maggioranza degli autori francesi adotta la massima che, trovandosi in conflitto due presunzioni legali di paternità legittima, ugualmente potenti, senza che la legge abbia determinato quale di esse debba prevalere sull'altra, la risoluzione della difficoltà sia per ciò stesso da ritenersi abbandonata dalla legge medesima al potere discretivo dei tribunali. I quali pertanto debbano pronunciare la loro decisione tenendo conto delle circostanze particolari di ciascun caso, da cui può essere corroborata l'una piuttostochè l'altra delle due presunzioni di paternità legittima che trovansi in collisione. Così se, a giudizio delle persone dell'arte e secondo la costituzione fisica del figlio al momento della sua nascita, fosse da presumere in fatto che il concepimento di lui non risalisse a tempo anteriore alla celebrazione del secondo matrimonio, dovrebbe prevalere la presunzione di paternità del secondo marito, quantunque la nascita fosse avvenuta entro i 300 giorni dallo scioglimento o dall'annullazione dell'anteriore matrimonio. E ciò tanto più se fosse provato che, per lontananza, infermità o vecchiezza del primo marito, fosse poco probabile la paternità di lui, sebbene non concorressero assolutamente gli estremi che potrebbero far luogo ad impugnare tale paternità secondo il disposto degli articoli 162 al 164 del codice civile. Ma al contrario dovrebbe preponderare la presunzione di paternità del primo marito, se essendosi verificata la nascita poco dopo i 180 giorni dalla celebrazione del secondo matrimonio, il figlio si fosse trovato in tali condizioni fisiche da far ritenere ai periti

ch'egli fosse giunto al termine estremo delle nascite più tardive (1).

Anche tra questi autori però avvi, come avvertimmo, qualche differenza di opinione intorno ai particolari di applicazione della massima ch'essi tutti adottano come fondamentale. Così lo *Zachariæ*, pure concedendo ai tribunali l'accennato potere discretivo, voleva però che *in ogni caso di dubbio la decisione dovesse pronunciarsi prendendo per norma il maggiore interesse del figlio*. Il *Duranton* invece riterrebbe che *in caso di dubbio*, cioè a parità d'ogni altra circostanza, *il figlio dovesse essere attribuito al secondo marito*. Sarebbe in sostanza la teoria del *Voet*, ma applicata soltanto *sussidiariamente*, e pel caso in cui il tribunale non riconoscesse circostanze decisive che a suo giudizio dessero prevalenza assoluta all'una od all'altra delle due presunzioni di diversa paternità legittima pugnanti tra loro; non già come massima generale. E pare che in questa opinione concorra anche il *Toullier*, sebbene egli siasi espresso in una forma che lascia molta incertezza (2).

Il *Demolombe* adottava la teoria insegnata dal *Voet* come massima generale, facendovi però una limitazione. Il figlio nato dopo centottanta giorni dalla celebrazione delle nuove nozze, ma entro trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del primo matrimonio, *dovrebbe presumersi regolarmente che appartenesse al secondo marito*, eccettochè, ritenuto il minimo di durata della gestazione presunta dalla legge, ne risultasse accertata la impossibilità che il concepimento di quel figlio fosse avvenuto in costanza dell'ultimo matrimonio: come quando egli fosse nato prima che fossero compiuti centottanta giorni *dallo scioglimento del primo matrimonio* e dalla celebrazione del secondo (3).

---

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, chap. I, sect. I, § 3, pag. 50, 51, nª (*a*); Duranton, t. II, n. 63; Zachariae, § 546, n. 3, 2, nª 3; Duvergier sur Toullier, t. II, n. 666, nª 1; Aubry et Rau, t. VI, § 545, nª 74, 4ª ed. Bruxelles.

(2) V. Toullier, t. II, n. 666.

(3) V. Demolombe, t. V, n. 93, 94.

Da ultimo il *Laurent* volle far risorgere l'antica teoria della *scelta da concedersi al figlio tra i due stati di legittimità* che gli sarebbero offerti contemporaneamente da due uguali presunzioni di legge, rimpetto al primo ed al secondo marito. Osservò questo autore che l'abbandonarsi al potere discretivo dei tribunali, per risolvere una quistione di questa natura, sia contrario allo spirito della legge, la quale, se ha stabilito delle presunzioni proprie per determinare lo stato legittimo di filiazione, lo ha fatto appunto allo scopo di evitare qualunque arbitrio. E poichè, nell'ipotesi in cui versiamo, il figlio ha in proprio favore due presunzioni legali, è giusto ch'egli abbia libertà di scelta nel giovarsi dell'una piuttostochè dell'altra. Infatti alla elezione ch'egli facesse dell'una, non potrebbesi opporre l'altra presunzione; imperocchè a questa, siccome stabilita in solo suo favore, potrebb'egli rinunciare. Nè, si aggiunge, vale obbiettare che niuno possa dare a se stesso un padre a sua scelta; dappoichè il figlio, invocando giustamente una presunzione legale, non egli dà a se stesso un padre, ma lo dà a lui la legge. D'altra parte la legge medesima somministra esempi di elezione accordata al figlio in materia di legittimità di stato, quando gli permette di far ritenere come avvenuto il suo concepimento, durante l'intervallo tra il trecentesimo e il centottantesimo giorno avanti la nascita, in quell'istante qualunque che più giovi al suo interesse, e gli permette così di porsi, a sua scelta, sotto la presunzione della massima o della minima durata di gestazione. Infine l'autore cita l'autorità della legislazione inglese conforme alla massima da lui professata (1).

Non può negarsi essere molto ingegnosamente sostenuta con questi argomenti una teoria che il *Voet* si spingeva fino a dichiararla *ridicola e ripugnante alla natura*. Ed è osservabile eziandio come l'applicazione di quella dottrina riuscirebbe conciliabile colla idea che debba essere *rispet-*

(1) V. Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. III, n. 388, pag. 479, s.

tato il possesso che il figlio abbia dello stato di legittimità verso l'uno o verso l'altro dei due individui coi quali fu successivamente legata in matrimonio la madre sua; salvo che il figlio medesimo giudicasse del proprio interesse l'invocare uno stato diverso da quello che possedesse, avendo titolo a reclamarlo.

Tuttavia considerando il valore intrinseco di tutta la riferita argomentazione, sembra facile accorgersi com'essa si aggiri in un circolo vizioso. Si parte infatti da questa premessa, ritenuta come fondamento ineluttabile, che il figlio nato in tal tempo che, applicando le presunzioni comuni, potrebbesi attribuirlo tanto al primo quanto al secondo marito della madre sua, *abbia realmente diritti uguali da poter invocare sì per l'uno che per l'altro stato di legittimità*. Ma è precisamente questo che è posto in quistione: quando si disputa se, *essendo in conflitto due presunzioni legali, debba necessariamente l'una di esse avere prevalenza sull'altra*, e se questa prevalenza debba, pure per necessità, essere decisa dal tribunale, usando del suo potere discretivo. Nè è giusto il dire che ad una delle presunzioni, le quali starebbero in suo favore, possa il figlio *rinunziare, come a cosa di suo privato interesse*, e raffermare con ciò e rendere inattaccabile l'altra presunzione che gli attribuisce lo stato da lui preferito. Non è giusto; perchè, non bisogna dimenticarlo, trattandosi d'una presunzione di legge attributiva di stato personale, non è lecito riguardarla come se fosse *di mero interesse privato*, ma è anzi strettamente attinente all'*ordine pubblico*, tanto da non essere suscettibile d'alcuna *rinunzia* nè di convenzione privata. Se dunque il figlio non può sopprimere, con un proprio atto di rinunzia, una delle due presunzioni col mezzo delle quali potrebbe determinarsi lo stato suo di legittimità, rimane in tutta la sua forza il conflitto delle presunzioni stesse. E poichè la legge non somministra criteri coi quali dirimere, com'è pur necessario, questo conflitto, non rimarrebbe altro che trarne i mezzi dalle circostanze particolari di ciascun caso, valu-

tabili dai giudici del fatto. Che vale l'osservare che la legge abbia voluto determinare col mezzo di presunzioni sue lo stato di legittimità, allo scopo appunto di evitare l'arbitrio a cui potrebbesi andare incontro affidandosi all'apprezzamento dei giudici? Sì certo; non si è voluto commettere l'accertamento della legittimità dei figli *al solo potere discretivo de' magistrati*, che avessero a decidere fondandosi *sopra congetture, sopra semplici presunzioni di fatto*. Si sono temuti i gravi pericoli che un tale sistema avrebbe prodotti. Ma non si tratta ora di ciò. Non sarebbe *sopra semplici presunzioni di fatto*, sopra induzioni abbandonate al criterio dell'autorità giudicante, che da questa dovrebbesi pronunciare sullo stato di legittimità del figlio. La decisione avrebbe sempre a fondarsi sopra una *presunzione legale;* e il potere discretivo dei giudicanti non entrerebbe fuorchè a dirimere il conflitto tra due presunzioni legali, che per sè stesse ed in astratto avrebbero forza uguale, e solo da particolari circostanze di fatto possono essere corroborate in grado diverso, per modo che ne risulti giustificata la preponderanza dell'una sull'altra. Nemmeno è giusto l'argomentare dall'essere permesso dalla legge che, tra i due limiti estremi da essa presunti circa la possibile durata della gestazione, sia lecito scegliere il momento qualunque che meglio giovi all'interesse del figlio, per ritenere in quello avvenuto il concepimento di lui. Là è la legge stessa che colla propria presunzione colloca il concepimento del figlio all'istante più favorevole del periodo di tempo in cui si ritiene possibile che siasi verificato: ed il figlio non ha già da fare una scelta tra due opposte presunzioni legali, ma soltanto approfitta dell'unica presunzione di legge, invocandone l'applicazione per quegli effetti vantaggiosi ch'essa è diretta a procurargli entro i limiti del possibile.

Sebbene però non ci sembri accettabile, nel modo assoluto in cui è proposta, la dottrina che il *Laurent* riprodusse, non riputiamo tuttavia ch'essa debba essere affatto trascurata; parendoci che una riflessione importante se ne possa

trarre, atta a spandere molta luce in questa disputa. Intendiamo di riferirci alla conciliazione desiderabile delle teorie astrattamente adottabili in questa materia, col rispetto giustamente dovuto al possesso che il figlio abbia, in fatto o in diritto, dello stato di legittimità, verso l'uno o l'altro dei due individui coi quali sia stata successivamente legata in matrimonio la madre sua. La controversia derivabile, nell'ipotesi di cui trattiamo, dalla collisione di due diverse presunzioni di paternità legittima, potrebbe sorgere in occasione di una *contestazione* che altri muovesse *contro lo stato di legittimità di cui il figlio fosse in possesso*, pretendendo che gli si dovesse invece attribuire un'altra paternità legittima; ovvero in occasione della *reclamazione dello stato di legittimità* di cui il figlio non fosse in possesso nè rispetto all'uno nè rispetto all'altro degl'individui di cui la madre sua fu moglie. Or ci sembra che tra i due casi corra una differenza ben profonda, da cui debbano conseguire risoluzioni diverse per la quistione di cui ci occupiamo.

L'azione *in contestazione* non potrebbe dare occasione a dover dirimere il conflitto tra due presunzioni di diversa paternità legittima, se non quando dell'uno o dell'altro stato di legittimità il figlio avesse il *possesso di fatto* o quella specie di *possesso di diritto* che deriva dall'essere iscritto come figlio legittimo di un tale sui registri dello stato civile; dappoichè soltanto a fronte di tale possesso l'esercizio di quell'azione è possibile, come ripetutamente dicemmo. Quand'anche poi concorressero a favore del figlio il *possesso di fatto* e il *titolo* costituente quella specie di possesso *di diritto*, non osterebbe a poter contestare la legittimità posseduta dal figlio stesso, nè quindi alla conseguente controversia tra le due opposte presunzioni legali di paternità, il disposto dal secondo paragrafo dell'art. 173, in cui è vietato di *muovere controversia sopra lo stato legittimo di colui il quale ha un possesso conforme all'atto della sua nascita;* perciocchè, come vedremo nella successiva sezione, non è all'azione in contestazione di legittimità, ma

a quella sola *in contestazione di stato* che il predetto articolo è applicabile. Ora, se il figlio nato entro trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del primo matrimonio, ma dopo centottanta giorni dalla celebrazione delle nuove nozze della madre sua, avesse di fatto il possesso dello stato di figlio legittimo del primo o del secondo marito, o fosse come tale iscritto nei registri dello stato civile, sicchè di quello stato avesse un *possesso di diritto*, non sembra che sarebbe ammissibile un'azione in contestazione della legittimità da lui posseduta, per attribuirgli invece lo stato di figlio legittimo dell'altro marito. Innanzi tutto, quel possesso è già una circostanza dalla quale è considerevolmente rafforzata la presunzione legale corrispondente di quello stato di legittimità. E ciò posto, come mai potrebbesi ammettere in altri la facoltà di rapire al figlio quello stato legittimamente da lui posseduto all'ombra d'una presunzione di legge? Come pretendere di costringere il figlio a cessare dall'esercizio dei diritti e vantaggi attinenti a quello stato, per assumerne un altro, a giustificazione del quale non starebbe che un'uguale presunzione di legge, scompagnata per di più da quel possesso che corrobora l'altra? Che se anche si offrisse la prova di circostanze di fatto le quali, a parità di altre condizioni, sarebbero atte a dimostrare una prevalenza in favore della presunzione per quello stato di cui il figlio non ha il possesso, sarebbe contrario ai principii generali l'ammettere una tale contestazione; poichè a giustificare un'azione tendente a togliere al convenuto un diritto di cui egli abbia il possesso corrispondente, non basta dimostrare che un diritto diverso, ed escludente quello, possa meglio convenirgli, ma bisogna provare il non fondamento del diritto a cui il possesso riguarda. Ora quest'ultima condizione non potrebbe certamente verificarsi qui, dove lo stato posseduto dal figlio avrebbe un fondamento non contestabile in una presunzione legale.

Così pertanto la teoria del *Laurent* ci sembrerebbe accet-

tabile in questo senso, che se il figlio nato entro trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del primo matrimonio, ma dopo centottanta giorni dacchè la madre sua avesse contratte nuove nozze, fosse in possesso dello stato di figlio legittimo del primo o del secondo marito, niuno potrebbe costringerlo ad assumere un diverso stato, col mezzo d'un'azione *in contestazione*, ed appoggiandola all'opposta presunzione che dalla legge potrebbesi trarne ugualmente.

Ma supponiamo ora che invece il figlio non abbia nè possesso nè titolo relativo alla paternità dell'uno o dell'altro dei due mariti coi quali fu successivamente legata la madre sua; che quindi la controversia, risguardante il conflitto tra le due diverse presunzioni di paternità legittima, non sorga in circostanza d'una *contestazione* che altri muova al figlio, ma bensì in occasione d'una *reclamazione di stato* per la quale il figlio stesso agisca, e che gli sia contraddetta dagli aventi interesse contrario. Allora trovandosi a fronte puramente e semplicemente le due presunzioni legali, che considerate di per sè ed in astratto avrebbero forza perfettamente uguale, e tra le quali è pur necessario decidere se all'una od all'altra sia da attribuire preponderanza per dirimere l'insorta contestazione, sembra non potersi che accogliere l'opinione professata dal maggior numero degli scrittori; ritenendo cioè che spetti ai tribunali il decidere, secondo le circostanze speciali del caso, da valutarsi a loro prudente criterio, quale sia dei due mariti che debba essere riputato padre legittimo del reclamante. Fra i criteri da assumersi come direttivi per la decisione da pronunciarsi, l'autorità giudicante dovrà avere anche in considerazione *il maggior interesse del figlio*; e, in parità d'ogni altra circostanza, si dovrà ritenere piuttosto la paternità *del secondo marito*, poichè la *nascita avvenuta durante il secondo matrimonio* è pure un fatto che non può mancare di qualche influenza, rafforzando la nuova presunzione legale, e che deve render questa pre-

ponderante, nella completa incertezza che si suppone verificarsi sott'ogni altro rapporto (1).

Uguali massime sarebbero pure adottabili allorchè il figlio, essendo in possesso d'uno dei due stati di figlio legittimo del primo o del secondo marito, si facesse a reclamare l'altro; il che certamente non potrebb'essergli vietato pel solo fatto di quel possesso, che non sarebbe opera sua. Ma allora il tribunale dovrebbe prendere in considerazione non lieve anche il fatto medesimo di quel possesso, che varrebbe, senza dubbio, a rafforzare la presunzione di stato legittimo a cui sarebbe conforme.

Gli stessi principii potrebbero applicarsi eziandio, come già abbiamo accennato, ad alcuni casi in cui non si tratterebbe veramente d'un figlio nato *entro* 300 *giorni dallo scioglimento* o dall'annullazione del primo matrimonio e *dopo* 180 *giorni dacchè la donna contrasse nuove nozze*. Così se il figlio fosse nato *più di* 180 *e meno di* 300 *giorni dopo lo scioglimento o l'annullamento del primo matrimonio*, ma in costanza delle nuove nozze contratte dalla vedova, sebbene prima che fossero trascorsi 180 giorni dalla celebrazione di esse, sarebbero ancora in lotta le due presunzioni di paternità legittima del primo marito e di paternità parimente legittima del secondo (art. 161 cod. civ.). Parimente se anche il figlio fosse nato *prima che la vedova contraesse nuove nozze*, ma però *più di* 180 *giorni* e *meno di* 300 *dopo lo scioglimento del primo connubio*, e di questo figlio fosse stata fatta *legittimazione pel susseguente matrimonio* dei genitori, avremmo ancora un conflitto tra due diverse presunzioni di paternità legittima. Infine, se anche il primo matrimonio non fosse stato nè sciolto nè annullato, ma la donna avesse contratto, durante quello, un altro matrimonio *putativo*, e dopo 180 giorni dalla celebrazione delle nuove nozze nascesse un figlio, si verificherebbe pure la collisione tra le pre-

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, vol. I, § 420, pag. 642.

sunzioni legali di due diverse paternità legittime. In tutti questi casi dunque avrebbero applicazione le medesime teorie che sviluppammo per l'ipotesi che un figlio fosse nato più di 180 giorni dopo la celebrazione delle nuove nozze ma entro i 300 giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del precedente matrimonio.

37 *bis*, II. Venendo ora all'altra ipotesi che si trovi in lotta la presunzione di paternità legittima colla prova legale della *paternità naturale* d'un altro, il discorso potrà, dopo le cose già esposte, essere assai più breve.

Si suppone adesso che la donna non siasi rimaritata entro il termine proibito dall'articolo 57 del codice civile; ch'ella abbia dato alla luce un figlio entro 300 giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio, ma più di 180 giorni dopo quel tempo, di modo che sarebbe possibile, secondo la presunzione generale della legge circa la durata della gestazione, che quel figlio appartenesse ad altri che al marito: e che realmente da un altro individuo, o dalla madre soltanto, od anche da ambidue, sia egli stato riconosciuto come *figlio naturale*. E si domanda: quali norme saranno allora da seguirsi per risolvere il conflitto che si verificherà tra questa *prova legale di filiazione naturale* e la *presunzione di filiazione legittima* che farebbe attribuire il figlio al marito defunto?

Anche questo è problema grave, ed ha cagionato pur esso una notevole divisione di pareri. Vi ha chi pensa che la legittimità del figlio nato entro i 300 giorni dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio costituisca necessariamente ed incontestabilmente lo stato di lui *per tutti* e *contro tutti*; che la disposizione di legge da cui è attribuito quello stato essendo *d'ordine pubblico*, non possano esserne distrutti gli effetti da un atto di riconoscimento di filiazione naturale, nè dalla volontà del figlio stesso, nè molto meno di altri contro di lui; che quindi nè il figlio possa, rinunziando alla legittimità che per presun-

zione di legge gli apparterrebbe, reclamare lo stato di filiazione naturale, nè altri possa togliere a lui quella legittimità, pretendendo ridurlo alla condizione di figlio naturale, se non sia col mezzo dell'*azione in negazione di paternità* esercitata *nei casi tassativamente ammessi* dalla legge (1).

A fronte di questa opinione può collocarsene un'altra, la quale applicando al caso di conflitto tra la presunzione di paternità legittima e la prova legale d'una filiazione naturale, teorie analoghe a quelle professate dalla grande maggioranza degli autori per l'altro caso di collisione tra due diverse presunzioni di paternità ugualmente legittima, ritenga doversi abbandonare al potere discretivo dei magistrati il decidere, secondo le circostanze particolari dei casi, se la presunzione di legittimità o la prova legale di filiazione naturale debbasi considerare come prevalente.

Questa seconda opinione è stata infatti adottata da un celebre autore francese, proponendo però alcuni temperamenti. In massima, egli ha detto, non è da respingere assolutamente il concetto che la presunzione di legittimità possa talvolta esser costretta a cedere davanti la prova legale d'una filiazione naturale. Non osta il carattere *assoluto* di quella presunzione; poichè esso non esclude *qualunque prova contraria* fuorchè rispetto alla *massima durata* che la legge ritiene possibile nella gestazione, quando si pretendesse esser questa in fatto stata protratta oltre i trecento giorni; ma non è così assoluta la presunzione che il figlio nato prima del termine, ritenuto come massimo della gestazione, *sia frutto del matrimonio* annullato o disciolto. E se a quest'ultima presunzione si contrapponga la prova legale d'una filiazione naturale, è logico e ragionevole il lasciar luogo a decidere tra l'una e l'altra secondo che le circostanze particolari del fatto le diano una forza relativamente maggiore. Ritenuta questa mas-

---

(1) V. Borsari, op. cit., vol. I, § 421, 422, pag. 643, 644.

sima generale, si dovrebbe però darle un'applicazione più ampia o più limitata, secondo i casi. Così, se alla *presunzione di legittimità* fosse conforme il *possesso di stato* del figlio, o se il riconoscimento della filiazione naturale non fosse stato fatto che *da un solo dei genitori*, non potrebbe che in rarissimi casi, e per circostanze gravi, precise e concordanti, ammettersi la prevalenza della prova legale di filiazione naturale contro la presunzione di legittimità. Al contrario, *se il riconoscimento fosse stato operato da ambidue i genitori*, e se *il possesso di stato fosse conforme*, la presunzione di legittimità dovrebbe cedere davanti alla prova legale di filiazione naturale così gravemente corroborata da tutto il complesso delle circostanze (1).

Una opinione intermedia, riguardando la presunzione di legittimità come introdotta nel solo privato interesse del figlio permetterebbe a lui di rinunciarvi, e quindi d'invocare invece la filiazione naturale provata dal riconoscimento che altri avesse fatto in suo favore; ma all'opposto non concederebbe mai ad altri d'imporre al figlio, malgrado suo, una filiazione diversa da quella legittima, che per lui presume la legge. In altri termini si applicherebbe anche qui la teoria della facoltà da concedersi al figlio di scegliere tra i due stati che secondo le norme comuni potrebbe ugualmente invocare (2).

Innanzi di esporre i nostri pensieri sulle massime a cui convenga appigliarsi in mezzo a tanta discrepanza di opinioni autorevolissime, richiameremo alcuni principii, già dimostrati in questo stesso numero, e che riputiamo doverci servire di guida.

Dicemmo fin da principio che la presunzione di legittimità del figlio nato entro trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio, quantunque sia in senso generale *assoluta*, non la è però in modo da esclu-

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 96 a 99.
(2) V. Laurent, *Princ. de dr. civ. franç.*, t. III, n. 389, pag. 481-483.

dere ogni possibilità di contestazione e dimostrazione in contrario; in ispecie quando questa possa ugualmente fondarsi sulla disposizione della legge, sia che essa apporti un'altra presunzione che a quella possa contrapporsi, sia che sulla base di un fatto volontario altrui, ammetta la costituzione d'uno stato personale diverso, come avviene appunto quando chi sarebbe presunto figlio legittimo del marito defunto venga legalmente riconosciuto come figlio naturale di un altro. Respingeremmo dunque la prima delle riferite opinioni; e propenderemmo invece a ritenere, in massima, ammissibile una contestazione tra la presunzione di legittimità e la prova legale di filiazione naturale, cosicchè l'una o l'altra potesse, secondo i casi, prevalere.

Nel decidere poi di questa prevalenza, non può essere di lieve momento la considerazione del *possesso* che il figlio abbia, in fatto o in diritto, dell'uno o dell'altro stato, del che dimostrammo pure superiormente le ragioni.

Infine, a circostanze pari, è naturale, come altre volte osservammo, che la presunzione di legittimità preponderi sulla prova d'una diversa filiazione naturale, conformemente al maggior favore con cui è considerato dalla legge lo stato legittimo.

Tenendo per quida questi principii riputiamo che l'applicazione di teorie analoghe a quelle che sopra sviluppammo pel caso di collisione tra due diverse presunzioni di paternità legittima, possa condurre ad una retta soluzione anche del presente quesito. Distinguiamo dunque, prima di tutto, se la controversia, nascente dal conflitto tra la presunzione di legittimità e la prova legale d'una filiazione naturale, si agiti in occasione d'una *contestazione* promossa da altri contro il figlio, o d'una *reclamazione di stato* intentata da lui. Nella prima ipotesi, sembra che la contestazione debba, in ogni caso, considerarsi come inammissibile. Se il figlio è *in possesso dello stato di legittimità* e gli è intentata una contestazione fondandola sulla qualità

di figlio naturale che gli sarebbe attribuita da un atto di riconoscimento fatto da altri nelle forme di legge, par certo che a questo riconoscimento non possa attribuirsi l'effetto di distruggere quella presunzione di legittimità a cui sia conforme il possesso. Nè intorno a ciò sembra accettabile la distinzione proposta dal *Demolombe*, tra i casi che il riconoscimento sia stato fatto da un solo dei genitori o da ambidue. Sì nell'un caso che nell'altro avvi una considerazione comune, che deve far respingere la contestazione promossa, che cioè *non può dipendere dalla sola volontà privata* di togliere ad altri uno stato di cui sia in possesso legittimo; e ciò appunto si verificherebbe qualora, con un atto volontario di riconoscimento d'un tale come proprio figlio naturale, si potesse togliergli un altro stato legittimo che già possedesse. “ Il riconoscimento può essere impugnato dal “ figlio e da chiunque vi abbia interesse „ così dice l'articolo 188 codice civile; e un fondamento legittimo d'impugnazione sarebbe fuor di dubbio pel figlio l'aver egli uno stato legittimo che con quel riconoscimento gli si verrebbe a rapire. Se poi lo stato posseduto dal figlio fosse quello di *filiazione naturale*, neppure allora parrebbe lecito di muovergli contestazione, pretendendo di attribuirgli invece lo stato di filiazione legittima procedente dal marito premorto. Sarebbe infatti applicabile anche qui il principio fondamentale altra volta ricordato: che a giustificare una azione tendente a togliere al convenuto un diritto di cui egli abbia il possesso corrispondente, è necessario *provare il non fondamento di quel diritto*, nè può bastare il dimostrare che al convenuto competerebbe ugualmente, od anche preferibilmente, un altro diritto che escluderebbe quello da lui posseduto.

Discendiamo all'altra ipotesi, che la controversia, relativa al conflitto tra la presunzione di legittimità e la prova legale di filiazione naturale, sorga in circostanza di una *reclamazione di stato* intentata dal figlio, sia poi che, possedendo l'uno dei due stati di legittimità o di filiazione

naturale, egli reclami l'altro; sia che, non possedendone alcuno, reclami l'uno o l'altro dei due.

In quest'ultimo caso la sola considerazione del maggior favore che merita lo stato di legittimità, non potrebbe bastare ad attribuirgli preponderanza assoluta su quello di filiazione naturale risultante da un atto legale di riconoscimento. Tanto se il figlio reclami lo stato di filiazione naturale, quanto se invochi quello di filiazione legittima, l'autorità giudiziaria investita della controversia deve pur sempre pronunciare sulle opposte pretensioni delle parti contendenti: l'una delle quali afferma prevalente la presunzione di legittimità e l'altra vorrebbe che si riconoscesse preponderante la prova legale della filiazione naturale. E possono pur darsi circostanze tali che dimostrino maggiore d'assai la forza di quest'ultima: cosicchè il farla cedere davanti alla presunzione di legittimità sarebbe, in quella particolarità di circostanze, manifestamente irragionevole. Suppongasi, per esempio, che il figlio sia nato nell'ultimo giorno dei trecento, dopo la morte del marito; che i periti abbiano giudicato quel parto essere immaturo, od almeno non poter avere oltrepassata la durata ordinaria della gestazione, di nove mesi; che inoltre il marito alcuni mesi prima della sua morte si sia trovato in istato d'infermità o lontano dalla moglie. È manifesto che in simili circostanze diverrebbe strano il togliere ogni effetto alla legale constatazione della filiazione naturale, per dare a qualunque costo preponderanza ad una presunzione di legittimità a cui contrasterebbe l'evidenza dei fatti. È altrettanto certo però che se dalla specialità dei fatti non risulti manifesta la necessità, secondo ragione, di far prevalere lo stato di filiazione naturale, dovrà essere preferita, pel favore che naturalmente la segue, la presunzione di legittimità.

Quando poi il figlio, possedendo lo stato di filiazione naturale, reclami lo stato di filiazione legittima, o possedendo questo reclami quello, saranno in massima applicabili le stesse norme ora accennate pel caso che il recla-

mante non avesse possesso alcuno di stato: chè certamente l'avere per opera altrui il possesso d'uno stato non può essere ostacolo insuperabile a reclamare uno stato diverso, al quale si possa dimostrare d'aver diritto. Ma non è negabile, ciò non ostante, che quel possesso di stato, contrario alla promossa reclamazione, dovrebbe rendere più difficile l'accoglimento di questa; poichè costituirebbe esso medesimo una *presunzione di fatto* che rafforzerebbe considerevolmente la presunzione legale opposta alla fatta reclamazione.

§ IV. — *Dell'azione in disconoscimento di paternità.*

Sommario. — 38. Principii generali. — 38 *bis*, I. Come sia da applicarsi il principio che si può agire in disconoscimento di paternità contro il figlio che sia di diritto in possesso dello stato legittimo per ciò che risulti dal suo atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile. — 38 *bis*, II. Dubbi relativi al disconoscimento di paternità che vogliasi intentare contro chi, mancando di *titolo* per lo stato di figlio legittimo, ne abbia però il *possesso di fatto*. — 38 *bis*, III. Se possano esservi casi nei quali sia proponibile l'impugnazione della paternità non ostante che il convenuto non possegga nè di diritto nè di fatto lo stato di figlio legittimo. — 38 *bis*, IV. Se dalla reclamazione di stato intentata dal figlio, che non abbia nè di diritto nè di fatto il possesso dello stato legittimo, possa il marito difendersi col disconoscere la paternità sua; e se contro questo mezzo di difesa sia opponibile la decadenza pel trascorrimento dei termini stabiliti dall'art. 166. — 39. Caratteri dell'azione in disconoscimento di paternità. — 39 *bis*, I. Se l'azione per impugnare la paternità sia da qualificarsi come *strettamente inerente alle persone* a cui la legge espressamente l'attribuisce. — 39 *bis*, II. *Trasmissibilità* dell'azione predetta. — 39 *bis*, III. Se la stessa azione sia da considerarsi come *inalienabile*. — 39 *bis*, IV. Quali applicazioni possano farsi all'azione in negazione di paternità, del principio che come cosa fuori di commercio quest'azione non può formare oggetto di alcuna convenzione, rinunzia o transazione. — 39 *bis*, V. Della prescrittibilità dell'azione in disconoscimento di paternità. — 40. Riferimento alle dottrine sviluppate precedentemente, intorno alle cause per le quali può essere impugnata la paternità. Partizione della materia.

38. L'azione in disconoscimento di paternità *è quella per la quale si chiede che sia dichiarato non appartenere al marito il figlio, che essendo stato concepito od almeno essendo nato in costanza del matrimonio della madre, abbia di fatto*

o di diritto il possesso dello stato di filiazione legittima. La *maternità*, l'*identità* del figlio, lo stato *coniugale della madre* sono fatti che in questo caso si suppongono accertati o non contestati; ciò che veramente s'impugna, è la *presunzione di paternità del marito*, ed è dalla distruzione di questa presunzione che deriverebbe l'illegittimità del figlio. In ciò consiste, come dimostrammo in principio di questa sezione, la differenza essenziale fra le azioni di *contestazione di stato* e di *contestazione di legittimità*, e quella di *disconoscimento della paternità.* E appunto perchè con quest'ultima si tende a distruggere la presunzione legale in forza di cui, per considerazioni d'interesse anche generale, il marito è riputato padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio, non si può farlo se non per le *cause speciali* espressamente e tassativamente ammesse dalla legge contro la presunzione propria, e dalle *persone*, nei *termini* e colle *forme* dalla legge medesima particolarmente stabilite.

Accennammo nella definizione come l'azione in negazione di paternità possa essere promossa tanto contro il figlio che sia stato concepito durante il matrimonio, quanto contro quello che sia solamente nato in costanza di esso, ma sia stato concepito prima della celebrazione. Il che corrisponde alla massima secondo la quale *anche il figlio nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dopo il matrimonio si presume legittimo*, riservata però al marito la facoltà di disconoscerlo (art. 161 cod. civ.). Così anche pel figlio nato in costanza di matrimonio, ma prima che fossero trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione di questo, l'esercizio dell'azione in disconoscimento è mezzo indispensabile per distruggere la *presunzione legale di paternità legittima del marito.* Ed in questo avvi perfetta identità dei principii che reggono l'azione in negazione di paternità, rispetto al figlio concepito e nato durante il matrimonio e rispetto a quello che sia nato in costanza di matrimonio, ma sia stato concepito anteriormente. Sono

del pari applicabili le stesse norme sì nell'uno che nell'altro caso, per ciò che riguarda le persone che possono esercitare l'azione, i termini entro i quali questa debba essere promossa, le forme del giudizio, gli effetti della sentenza che venga pronunciata. L'unica differenza consiste in ciò, che, mentre rispetto al figlio *concepito e nato durante il matrimonio* non si può disconoscere la paternità se non *per qualcuna delle cause speciali tassativamente enumerate* negli articoli 162 al 165 del codice civile, pel figlio invece che sia stato concepito prima del matrimonio durante il quale è nato, basta, a privarlo dello stato di filiazione legittima, la semplice negazione di paternità che il marito faccia, senza bisogno di appoggiarla a nessuna causa particolarmente determinata dalla legge, nè di somministrare la prova di speciali fatti tendenti ad escludere la paternità stessa. Solamente furono dal legislatore stabiliti alcuni casi eccezionali; in cui, per ragione d'un tacito riconoscimento che si ritiene fatto anteriormente dal marito, o per la mancanza di quell'interesse legittimo che sarebbe pur necessario a fondamento dell'azione in disconoscimento di paternità, è negata quell'azione al marito medesimo (art. 161 cod. civ.).

Indicammo, nella definizione data in principio di questo numero, come per l'azione in disconoscimento di paternità si supponga che il figlio contro cui essa sia promossa *si trovi, o di fatto o di diritto, in possesso dello stato di filiazione legittima*. E ciò concorda colle teorie generali; secondo cui vedemmo come tutte le azioni per le quali in qualunque modo s'impugni lo stato altrui (e di esse non è che una specie l'azione che prende la particolare denominazione di *disconoscimento* o *negazione* o *impugnazione di paternità*) suppongano sempre necessariamente che la persona contro cui vengono esercitate abbia il *possesso* di quello stato che le si contende; ma come poi sia indifferente che tale possesso sia *di fatto*, cioè consista nel reale esercizio degli attributi di quel determinato stato personale, o sia *di diritto*,

dipendente cioè dall'attribuzione delle prerogative proprie dello stato predetto, che la legge opera direttamente in favore di chi apparisca nei modi legali come investito di quello stato.

Non è però senza qualche difficoltà l'applicazione alla presente materia dei principii ora ricordati; secondo i quali sarebbe ammissibile l'azione in negazione di paternità tanto contro il figlio che, trovandosi iscritto nei registri dello stato civile come nato da donna maritata, avesse quindi il *possesso di diritto* dello stato di filiazione legittima, quanto contro quello che, non trovandosi in tale condizione, avesse però il *possesso di fatto*, consistente nel reale esercizio degli attribuiti e nel godimento dei vantaggi appartenenti a quello stato.

38 *bis*, I. Nessun dubbio può esservi intorno al farsi luogo all'azione in disconoscimento di paternità, allorchè il figlio, avendo in proprio favore il *titolo*, consistente nell'atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile, presenti in esso la *prova legale della maternità* (art. 170 codice civile) e quindi in base della presunzione per la quale il marito è riputato padre del figlio concepito durante il matrimonio (art. 159 cod. civ.) possa allegare quella specie di possesso di diritto che deriva dal doversi ognuno riguardare come investito, per virtù diretta della legge, dello stato che la legge medesima gli attribuisce, allorchè si verifichino quelle determinate condizioni che da essa sono stabilite. Allora questa specie di possesso civile dello stato di legittimità, che appartiene al figlio verso il marito, attribuisce naturalmente a quest'ultimo un interesse *legittimo ed attuale* ad impugnare la presunta sua paternità, se si verifichino le cause per le quali è ammessa dalla legge una tale impugnazione. E d'altra parte la presunzione legale di paternità legittima non può essere attaccata fuorchè col mezzo, esclusivamente ammesso dalla legge, dell'azione in disconoscimento di paternità, che si eserciti

per le cause, dalle persone, nei termini e colle forme che il codice civile stabilisce negli art. 161 e seguenti. Questo principio fondamentale, che contro il figlio avente in proprio favore l'atto di nascita possa farsi luogo all'azione in disconoscimento di paternità, nè possa essere combattuta la presunzione della legittimità del figlio medesimo fuorchè con questo mezzo, deve però applicarsi, come poco sopra accennammo, solamente in quanto dall'atto di nascita risulti la *prova legale della maternità;* poichè di questo solo fatto l'atto predetto è destinato veramente a somministrare la prova, mentre la *paternità del marito* non è che una conseguenza giuridica del fatto della nascita del figlio da donna maritata, e della *presunzione* che la legge ha stabilito come base della paternità legittima (art. 159 cod. civ.). Se dunque l'atto di nascita fosse così irregolare da non risultarne accertata la *filiazione materna*, non contenendovisi indicazioni sufficienti a far conoscere in modo preciso la madre, siccome il figlio non potrebbe giovarsi di quell'atto quale mezzo di prova legale del proprio stato di filiazione legittima, così l'atto medesimo non potrebbe nemmeno servir di base ad un'azione in disconoscimento di paternità. Solo vi si potrebbe far luogo quando, sulle istanze del figlio, e chiamati in giudizio sì la madre che il marito di lei, fosse stata ordinata la rettificazione dell'atto di nascita a norma degli articoli 401 e seguenti del codice civile. Ma qualora l'irregolarità dell'atto di nascita consistesse soltanto nella imperfezione delle indicazioni relative al padre (v. art. 375 cod. civ.), sicchè non ne risultasse abbastanza chi egli fosse; od anche vi fosse dichiarata nubile la madre, e sconosciuto il padre, o fosse designato come padre altri che il marito, ciò non toglierebbe di poter dire risultante, da quanto emergerebbe provato coll'atto predetto, la constatazione legale della presunta paternità legittima del marito; contro la quale presunzione potrebbe quindi elevarsi ugualmente l'azione in disconoscimento. Infatti l'oggetto vero dell'atto di nascita, in ciò

che riguarda la prova della filiazione legittima, è unicamente, ripetiamolo, di stabilire la *filiazione materna*. La filiazione paterna risulta invece dalle presunzioni consacrate dalla legge, contro le quali nulla potrebbero certamente le enunciazioni che fossero contenute nell'atto predetto; ond'è che a nulla varrebbe l'opporre tali enunciazioni al figlio, per distruggere in suo danno quelle presunzioni o scemarne l'efficacia. Vero è che quando la nascita sia da unione legittima, la dichiarazione che deve farsi all'ufficiale dello stato civile deve enunciare anche il nome, cognome, professione e domicilio del padre (art. 375 codice civile). Ma da ciò non si può argomentare che le menzioni recate nell'atto di nascita a proposito della paternità siano destinate *a far fede* di essa. L'atto non deve nè può costituire una prova vera e diretta fuorchè del fatto della nascita e della maternità, che i dichiaranti possono attestare siccome verificato da loro coi proprii sensi. La paternità, all'opposto, è tal fatto che per sua natura non è suscettibile d'una prova positiva e diretta; l'atto di nascita serve solo *indirettamente* a tal prova, in quanto che, constando per esso la filiazione materna, e combinando questa risultanza con quella dell'altro atto dello stato civile comprovante il matrimonio in cui era legata la madre, ne risulta accertata, in virtù di *presunzione legale*, la paternità legittima del marito. E se si è voluto che l'atto medesimo contenga anche le enunciazioni relative a tale paternità (d° art. 375 cod. civ.) non si è avuto in ciò altro scopo che di facilitare e rendere più palese e completa la constazione della filiazione legittima; ma quelle enunciazioni non fanno per sè alcuna fede, nè possono attingere veruna forza di prova fuorchè dalla stessa presunzione legale di paternità legittima a cui siano conformi. Da ciò pertanto deriva evidentemente che se all'opposto le enunciazioni circa la paternità contenute nell'atto di nascita siano contrarie a quella presunzione legale, non è possibile attribuire ad esse alcuna efficacia; e l'atto di nascita facendo fede

della maternità, e da quella emergendo eziandio provata, per la presunzione legale stabilita dall'art. 159, la paternità legittima del marito, il figlio verrà a trovarsi investito, dipendentemente dalle risultanze dell'atto medesimo, del possesso civile dello stato di filiazione legittima; ond'è che il marito avrà fondamento all'azione in negazione della paternità presunta legalmente a suo carico. Così dovrà essere adunque se nell'atto sia indicata la madre col solo *cognome della sua famiglia*, od anche siavi ella *qualificata come nubile*, o siavi dichiarato espressamente *essere ignoto il padre*. Lo stesso dovrebbe ripetersi eziandio qualora nell'atto di nascita il dichiarante, altro dal marito, si fosse annunciato come padre. Nè varrebbe opporre *l'indivisibilità del titolo* costituito dall'atto di nascita, per sostenere che essendo contemporaneamente constatata in quell'atto sì la maternità che una paternità illegittima, non fosse lecito scinderne le risultanze ritenendole legali quanto alla maternità e rifiutandole quanto alla filiazione paterna. La *indivisibilità* non è concepibile tra due parti d'un atto, l'una delle quali riguarda la prova di un fatto, quale è la *maternità*, certo per sè stesso, di cui le persone dichiaranti ebbero dai proprii sensi le prove fisiche, e del quale d'altronde l'atto medesimo era destinato per la natura sua a far fede; mentre l'altra concerne un fatto per sè stesso incerto, la cui conoscenza non può fondarsi che sopra presunzioni, e pel quale le indicazioni contenute nell'atto non possono far prova se non in quanto si conformino appunto alle presunzioni stabilite dalla legge. Così adunque, ben lungi di poter ritenere che la designazione nell'atto di nascita d'un padre diverso dal marito della madre togliesse al figlio il possesso di diritto dello stato di filiazione legittima, bisognerebbe dire all'opposto che quella enunciazione, siccome contraria alla presunzione della legge, non avrebbe forza di sorta; che quell'atto, provando la filiazione materna, proverebbe ad un tempo la paternità legalmente presunta del marito, sebbene ne apparisse una

paternità illegittima altrui; che quindi il figlio dovrebbe, ciò non ostante, ritenersi investito per legge del possesso dello stato di legittimità; e che, per ultima conseguenza, il marito avrebbe interesse e diritto ad impugnare coll'azione in disconoscimento la presunta sua paternità, qualora se ne verificassero le cause ammesse dalla legge e nei termini e nei modi da essa prescritti; ma con nessun altro mezzo, fuor di quello appunto dell'azione in disconoscimento, potrebb'essere combattuta la presunzione legale di filiazione legittima, nè certo potrebb'essa rimanere distrutta per effetto delle semplici enunciazioni contrarie recate dall'atto di nascita (1).

38 *bis*, II. Veniamo ora alla seconda delle ipotesi che sopra abbiamo figurate. Il figlio non ha titolo in proprio favore, perchè la sua nascita non fu dichiarata all'ufficiale dello stato civile; ma egli può addurre il *possesso di stato*, concorrendo i fatti indicati nell'articolo 172 del codice civile. Sarà caso questo che possa lasciar luogo all'esercizio dell'azione in negazione di paternità? La risposta dovrebbe essere affermativa, secondo i principii sopra accennati e secondo la dottrina professata da alcuni autori (2). Altri però insegnarono al contrario che l'azione in disconoscimento non è ammissibile fuorchè contro il figlio il quale abbia in proprio favore *il titolo*, cioè l'atto di nascita, da cui risulti esser lui figlio di donna maritata; non mai quando, in mancanza di titolo, egli si fondi sopra il *possesso in fatto* dello stato di filiazione legittima (3). Riconoscono anche questi ultimi che *in teoria astratta sarebbe sostenibile esservi luogo al disconoscimento della paternità contro il figlio che provasse la propria filiazione*

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 2, § 2, n. 7; Toullier, t. II, n. 861; Laurent, t. III, n. 398, 432.

(2) V. Duranton, t. II, n. 64; Demolombe, t. V, n. 103.

(3) V. Marcadé, art. 325, t. II, n. 36; Résumé du tit. septième, § XVIII in fine; Laurent, t. III, n. 408, 431.

legittima col mezzo del possesso di stato; ma osservano che in fatto il disconoscimento stesso riuscirà inammissibile, perchè, se vi ha *possesso dello stato di filiazione legittima*, dovrà necessariamente constare che *il padre abbia trattato il figlio come proprio, ed abbia provveduto in questa qualità al mantenimento, all'educazione ed al collocamento di lui* (art. 321 cod. Franc. = art. 172 cod. It.), e ciò essendo, si avrà da parte del marito un *riconoscimento* il più completo della sua paternità, il che formerà ostacolo insuperabile a potersi esercitare più tardi l'azione in disconoscimento. Ne deducono dunque i predetti autori che il marito della donna, da cui sia nato il figlio che si trovi in possesso dello stato legittimo, non potrà far di più che combattere le prove prodotte dal figlio medesimo per dimostrare appunto il possesso di stato, non mai agire in disconoscimento di paternità.

Sarebbe indubitabile il buon fondamento di questa dottrina qualora si trattasse di un possesso di stato *perfetto*, tale quindi da poter bastare, *anche in mancanza del titolo*, a provare lo *stato di figlio legittimo* (art. 171 cod. civ.). Una delle condizioni essenziali a costituire un tale possesso essendo quella che il padre, col trattamento da lui fatto al figlio, lo abbia così *riconosciuto tacitamente come proprio* (d°. art. 172, § 3° cod. civ.), non sarebbe invero ammissibile che fosse lecito all'autore di tale riconoscimento di venir poi contro il fatto proprio coll'azione in disconoscimento che volesse intentare più tardi. Ma può pur darsi che il figlio abbia per sè tutti gli altri fatti costitutivi di un possesso di stato, secondo il predetto articolo 172, eccettuato solo il non essere stato trattato come figlio legittimo dal marito della madre sua.

Il figlio, per esempio, nacque mentre il marito era assente; nacque in luogo lontano da quello del domicilio o della residenza della madre, e la nascita non fu denunziata all'uffizio dello stato civile. Restituitasi la madre al proprio domicilio, il figlio portò sempre il nome del

padre, fu costantemente riconosciuto come figlio legittimo di lui in società, e in tale qualità fu pure riconosciuto dalla famiglia. Nel concorso di queste circostanze, non può negarsi ch'egli abbia *un possesso dello stato legittimo;* sebbene, in mancanza della condizione che anche il marito lo abbia trattato come suo figlio ed abbia adempiuti gli obblighi della paternità legittima, quel possesso non possa dirsi perfetto in modo da bastare per supplire alla mancanza del titolo. In questo stato di cose, quando il marito che era assente ricomparisca, potrà esercitare l'azione in disconoscimento di questo figlio? Dovrà anzi esercitarla entro tre mesi dal suo ritorno, per non decadere dall'azione stessa secondo il disposto dall'art. 166 codice civile? Teniamo distinti questi due quesiti, perchè effettivamente, così ci sembra, sono diversi i principii dai quali se ne può trarre la soluzione.

Quanto alla facoltà di promuovere il disconoscimento, non pare che si possa negarla al marito. La ragione per la quale non è ammissibile l'azione in negazione di paternità contro il figlio che manchi ad un tempo di titolo e di possesso della legittimità, o in altre parole, che di tale stato non abbia possesso alcuno nè di fatto nè di diritto, consiste nel mancare allora ciò che sarebbe indispensabile a base dell'azione, cioè un *interesse legittimo ed attuale* a promuoverla. Ma nel concorso delle circostanze che abbiamo supposte, l'esistenza di questo *interesse legittimo ed attuale* è evidente. Il figlio porta il cognome del marito della madre sua, è riconosciuto come legittimo nella famiglia e nella società. Vi ha in ciò abbastanza per dire che il marito è attualmente e legittimamente interessato a disconoscere la creduta sua paternità legittima, quantunque non avendo egli trattato il figlio come proprio non gliene sia derivato finora nessun onere pecuniario; imperciocchè, non bisogna dimenticarlo, il diritto di negazione di paternità, come gli altri relativi allo stato di filiazione legittima, è innanzi tutto un *diritto*

morale, sicchè basta appunto l'*interesse morale e giuridico*, inerente di per sè a quello stato, per dar fondamento all'azione corrispondente.

Ma quanto poi a decidere se il marito *debba* promuovere quell'azione entro il tempo fissato dall'art. 166, sotto pena di decaderne e di non poter quindi più impugnare la legittimità del figlio, la cosa è molto diversa, e può lasciar luogo a grave dubbio. Si puo osservare da una parte, che il motivo per cui il marito decade dall'azione in disconoscimento, se non l'abbia intentata entro i brevi termini stabiliti dall'art. 166, sta in un tacito riconoscimento del figlio come proprio, in una presunta rinunzia alla negazione della paternità. Ora, se questa presunzione è giustificata allorchè concorra la circostanza che il marito abbia trattato il figlio come suo, provvedendo in questa qualità al mantenimento, all'educazione ed istruzione ed al collocamento di lui, non può esserlo altrettanto allorchè da nessun fatto personale del marito possa indursi l'animo in lui di riconoscere il figlio come proprio, e tutto si riduca a fatti altrui ai quali egli sia rimasto estraneo. Se allora possono esservi, ciò non ostante, ragioni sufficienti per ammettere in favor del marito la *facoltà* di promuovere l'azione in disconoscimento, non ve ne sono però di bastanti per ritenere che il marito stesso, non usando di quella facoltà entro i termini che giusta l'art. 166 egli dovrebbe osservare se il figlio fosse iscritto come suo nei registri dello stato civile, venga tacitamente a riconoscere la propria paternità, a rinunziare al disconoscimento, e decada perciò dalla relativa azione.

A questi argomenti se ne possono tuttavia contrapporre altri, che sembrano prevalenti.

Se il marito avesse trattato come suo il figlio, non sarebbe più caso di parlare di decadenza dall'azione in disconoscimento per non averla esercitata nel tempo stabilito dall'art. 166 del codice civile; poichè allora il fatto stesso del padre avrebbe portato un tacito riconoscimento

del figlio e conseguentemente avrebbe attribuito a questo ultimo un *diritto acquisito*, sicchè al padre non potrebbe rimanere più la possibilità di distruggerlo col fatto contrario del disconoscimento. È dunque appunto perchè agli elementi costitutivi del possesso di stato del figlio si trova, nella supposta ipotesi, completamente estraneo qualunque fatto personale del padre, che si fa luogo al quesito, se egli possa essere decaduto dall'azione in disconoscimento per non averla promossa entro il tempo stabilito dall'articolo 166. Ora la disposizione di quest'articolo è generale ed assoluta. Essa stabilisce i termini perentorî entro i quali l'azione in disconoscimento deve esser esercitata, *in tutti i casi nei quali il marito è autorizzato a far richiamo*. Son queste le parole testuali dell'articolo. Se dunque si ammette, come ci pare dimostrato, potervi esser caso in cui, non avendo il marito trattato come proprio il figlio partorito dalla moglie, appartenga al marito medesimo il diritto di *agire in negazione della paternità*, bisognerà riconoscere eziandio che a questo, non meno degli altri casi di negazione di paternità, sia pure applicabile la disposizione dell'art. 166. E veramente una tal massima è anche conforme a ragione; imperciocchè quand'anche il marito non abbia trattato il figlio come proprio, se però conoscendo che questi portava il suo cognome, e che come suo figlio legittimo era riconosciuto in famiglia e costantemente nella società, ha lasciato trascorrere un certo tempo senza esercitare l'azione in disconoscimento, alla quale aveva un interesse morale importantissimo, è da presumere che ciò dipenda dall'avere egli riconosciuta la propria paternità.

Così adunque riterremmo che nell'accennato caso il marito potesse esercitare l'azione in negazione di paternità, e dovesse farlo entro il termine stabilito dall'articolo 166 per non incorrere la decadenza da questo articolo minacciata.

38 *bis*, III. Attenendosi alla definizione data in principio di questo numero ed alle dottrine fondamentali nella materia di cui trattiamo, dovrebbesi ritenere che fuori dei due casi fin qui discorsi, nei quali il figlio abbia in proprio favore o *il titolo*, cioè l'atto di sua nascita da cui risulti la *filiazione materna* di lui e la conseguente presunzione legale della paternità legittima attribuita al marito della madre, ovvero il *possesso dello stato di legittimità*, in nessuna altra ipotesi potesse farsi luogo all'azione in *disconoscimento di paternità*. Tuttavia anche questo punto non manca di contraddittori autorevolissimi. Alcuni dei quali vorrebbero che, non solo fosse ammissibile l'azione in disconoscimento che fosse esercitata dal marito contro il figlio la cui filiazione materna non risultasse provata nè dall'atto di nascita nè dal possesso di stato legittimo, ma dovesse quell'azione essere esercitata entro i termini specialmente prefissi al disconoscimento, in mancanza di che dovesse il marito considerarsene come decaduto. Altri invece riterrebbero che il marito avesse bensì facoltà di promuovere l'azione in disconoscimento anche contro chi mancasse affatto, sia di *titolo*, sia di un qualunque *possesso dello stato di figlio legittimo* di lui; ma che potesse anche, a sua libera scelta, astenersene, senza incorrere per questo in veruna decadenza dal diritto di negare la propria paternità, pel caso che il figlio venisse poi *in qualunque tempo* a reclamare il suo stato legittimo.

Ci proponiamo per tanto di esaminare questa quistione, dividendola nei due punti seguenti: 1° se sarebbe ricevibile l'azione in negazione di paternità che il marito promuovesse contro chi nè possedesse in alcun modo lo stato di suo figlio legittimo, nè dai registri dello stato civile apparisse come nato dalla moglie sua? 2° se intentandosi dal figlio, che non ha in proprio favore nè il *titolo* nè il *possesso*, l'azione in *reclamazione di stato legittimo* contro il marito della donna ch'egli provasse di avere per madre, la difesa che pel marito medesimo si

opponesse a quest'azione potesse essere pregiudicata, dall'aver egli trascurato di esercitare l'azione in negazione di paternità entro i termini stabiliti dall'art. 166 cod. civ.? Quest'ultimo quesito avrebbe invero più natural sede di trattazione dove si parlerà del tempo stabilito dalla legge per l'esercizio dell'azione in disconoscimento di paternità, e dell'effetto che dal decorso di quel tempo può derivare. Ma ci giustificherà, del farne qui pure materia di discorso, la relazione stretta che esiste tra questo ed il primo quesito; stretta tanto da potersi anzi dire senza altro che dalla risposta che diasi alla prima può dipendere certa ed irrefutabile la soluzione eziandio della seconda quistione. Imperciocchè se si ritenesse irricevibile l'azione di disconoscimento che il marito volesse promuovere contro il figlio mancante di titolo e possesso dello stato legittimo, come poi potrebbesi pretendere che, in caso di reclamazione dello stato medesimo per parte del figlio, avesse a nuocere alla difesa, che il marito opponesse a quell'azione contro lui promossa, il non aver gli intentato, entro i termini stabiliti dall'art. 166, il disconoscimento della paternità? È troppo evidentemente assurdo il supporre che possa derivare un effetto legale pregiudizioso a taluno, dal non aver egli fatto ciò che giuridicamente gli era impossibile. Ma ciò riguarda una sola delle opposte opinioni che si manifestarono intorno al primo degli accennati quesiti. E siccome vi ha chi, ammettendo al contrario la massima che *il marito possa promuovere l'azione di denegata paternità contro il figlio che manchi affatto di titolo e di possesso della legittimità*, ritiene tuttavia che il marito medesimo possa anche, a sua scelta, astenersi dall'intentare quell'azione ed *attendere che il figlio stesso reclami lo stato legittimo, per disconoscerlo* allora, o meglio *per contestargli lo stato reclamato* (1); così non può essere inopportuno lo svolgere

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, lib. I, n. 460, pag. 321.

anche sotto questo aspetto la seconda questione. Oltre di che poi, le speciali considerazioni che sono suggerite dall'argomento della decadenza, che il marito abbia o no a subire per decorso di tempo, dall'eccezione di negazione della paternità, possono avere qualche importanza non lieve anche per la discussione dell'altro punto, se debba ritenersi spettante al marito l'azione in disconoscimento del figlio mancante sì di *titolo* che di *possesso* dello stato legittimo.

Ricordiamo, innanzi tutto, come si supponga nella presente questione che il figlio, il quale manchi di qualunque possesso di fatto dello stato legittimo, non ne abbia neppure quella specie di possesso di diritto che gli potrebbe derivare dall'iscrizione nei registri dello stato civile; perchè da esso non risulti quella *filiazione materna*, la quale facendo luogo all'applicazione della presunzione legale di paternità del marito, secondo la massima stabilita dall'art. 159 del codice civile, attribuirebbe al figlio medesimo lo stato di legittimità. Dicemmo supporsi che dagli atti dello stato civile *non risulti la filiazione materna;* perchè, questo pure importa che non sia dimenticato, di essa soltanto è veramente destinato a far prova legale l'atto di nascita, mentre constando quella, la filiazione paterna poi riesce provata senz'altro dalla presunzione di *paternità legittima del marito* che è stabilita dal detto articolo 159. Ond'è che, come già notammo, qualunque contraria enunciazione che fosse scritta nell'atto di nascita, sia che vi fosse indicato soltanto il cognome di famiglia della madre, o ch'essa vi si fosse anche qualificata espressamente come *nubile*, o che vi fosse dichiarato *ignoto il padre*, o che vi fosse enunciato qual padre un tale che non fosse il marito, non altererebbe per nulla la condizione delle cose; ed essendo accertata dall'atto di nascita la filiazione materna, si direbbe con ragione risultarne eziandio necessariamente, in virtù della presunzione della legge, la paternità legit-

tima del marito, salvo a lui di agire in disconoscimento ove se ne verificassero le cause dalla legge determinate, e nei termini e modi da essa prefissi. Ciò posto, è ben chiaro che, affinchè possa dirsi non risultare dagli atti dello stato civile la filiazione materna, è necessario che si verifichi uno dei casi seguenti; o che sia stata ommessa l'iscrizione dell'atto di nascita, o che in esso la madre sia stata indicata sotto falso nome, o che il figlio sia stato dichiarato *di genitori ignoti*. Son queste adunque le ipotesi nelle quali si chiede se possa essere esercitata l'azione in disconoscimento di paternità. Ma come mai sarebbe ciò possibile, se si suppone che non consti nemmeno della filiazione materna di colui contro il quale si agirebbe? Com'è concepibile che taluno possa trarlo in giudizio per sentir dichiarare ch'egli non può giovarsi contro di lui attore della presunzione di paternità legittima stabilita dall'art. 159 cod. civ., mentre nè il convenuto reclama gli effetti legali di questa presunzione, nè possiede in nessun modo lo stato di filiazione legittima che gli si vuol contendere, nè la presunzione stessa che si pretende d'impugnare può considerarsi come esistente in diritto, poichè ne manca la base prima, che sarebbe la maternità da parte della moglie dell'attore? Per render ciò possibile, bisognerebbe ammettere che l'attore avesse facoltà, prima di tutto, di promuovere egli stesso la *ricerca della maternità*, per discendere poscia ad impugnare contro il figlio, che dimostrasse essere nato dalla propria moglie, la presunzione di paternità legittima che ne deriverebbe a proprio carico. Ma, oltre alla stranezza di questo procedimento col quale si tenderebbe a creare uno stato al figlio per poscia distruggerlo, e s'inizierebbe un'azione contro la moglie per rivolgere poi un'altra azione in senso opposto contro chi si pretenderebbe esserne figlio, sembra evidente che vi ostino altri principii fondamentali e incontrastabili. Nessuna azione può ammettersi che non abbia per base un *interesse legit-*

timo nato ed attuale. E se talora, come in questa materia di stato personale, può bastare un interesse semplicemente *morale*, è però sempre indispensabile che quell'interesse sia *attuale.* Ora nel caso nostro l'interesse che potrebbesi attribuire al marito, come base dell'azione che egli promuovesse, consisterebbe unicamente *nel prevenire l'azione in reclamazione di stato* che il figlio potrebbe in futuro intentare. Ma, oltrecchè questo interesse non avrebbe il necessario carattere dell'*attualità*, per essere affatto *eventuale* il pericolo che si tenderebbe a rimuovere, l'interesse medesimo non potrebbe poi considerarsi nemmeno come *legittimo;* poichè, contro l'eventuale esercizio dell'azione in reclamazione di stato per parte del figlio, la legge porgerebbe al marito un altro mezzo ben diverso da quello del disconoscimento di paternità, un mezzo più esteso e più facile, consistente nel *dimostrare con qualunque prova contraria*, anche con semplici presunzioni di fatto, che quantunque *fosse provata la maternità, non avesse però a riguardarsi il reclamante come figlio del marito* (art. 176 cod. civ.). Questo mezzo di difesa non è concesso particolarmente al solo marito, ma è comune a tutti coloro che si trovino essere avversarii al figlio nel giudizio ch'egli promuova in reclamazione del proprio stato legittimo. Questo mezzo è assai più esteso di quel che sia il disconoscimento di paternità; poichè abbraccia qualunque argomento di prova con cui, *anche ammettendo come pienamente provata la maternità*, si possa dimostrare che il reclamante *non è figlio del marito della madre;* nè si restringe alle *cause tassative* per le quali il disconoscimento di paternità può aver luogo secondo gli articoli 162 al 165. Come dunque potrebbesi sostenere che avesse un *interesse legittimo* a prevenire col disconoscimento di paternità il pericolo d'una reclamazione di stato, colui che, pel caso in cui tale pericolo si verificasse, avrebbe dalla legge stessa mezzi speciali, tanto più appropriati ed efficaci ed estesi, di difesa? Inoltre

sono da farsi altre osservazioni importanti. Come vedemmo, l'azione in disconoscimento dovrebbe nel caso nostro essere necessariamente preceduta da una *ricerca della maternità* che il marito sarebbe costretto a fare contro la moglie sua, supponendosi che quella maternità non risulti nè dai registri dello stato civile nè da un possesso di stato. Ora è principio ammesso senza contraddizione dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che la *ricerca della maternità* non può essere fatta fuorchè *dal figlio, non mai da nessun altro contro di lui.* Aggiungasi che, secondo lo scopo stesso dell'azione che si promuoverebbe dal marito, la maternità da lui ricercata dovrebbe avere qualità di *adulterina;* e di tale maternità è vietata la ricerca perfino al figlio stesso (art. 193 cod. civ.).

Sebbene appoggiata a così gravi argomenti ed all'autorità di scrittori recenti e riputatissimi (1), questa teoria fu però contraddetta dalla giurisprudenza francese, che più volte ha proclamato il principio opposto; potersi cioè dal marito provare la maternità della propria moglie per disconoscere poscia il figlio.

E questa stessa massima è pure sostenuta da considerazioni importanti del nostro Cons. *Borsari.* Secondo lui è errore il dire che l'azione in disconoscimento di paternità *non sia esercibile se non quando il figlio si attenga al preteso suo padre con qualche segno esteriore, risultante dal suo atto di nascita o da un certo possesso di stato.* La legge che regola il disconoscimento di paternità non lo subordina a tali condizioni, nè ragionevolmente lo avrebbe potuto. Imperciocchè, quanto all'atto di nascita, *dovevasi supporre che il marito nè avesse assistito a quell'atto, nè vi avesse prestata la sua approvazione,* e che *nulla si trovasse nell'atto medesimo che facesse testimonianza, anco indiretta e remota della paternità;* e quanto poi *al possesso di stato, non è neppur da parlarne, trattandosi d'un figlio or ora*

(1) V. Demolombe, t. V, n. 145; Laurent, t. III, n. 421, 431, 433, 434.

venuto alla luce. ancora nel crepuscolo della vita, che riceve le prime cure dovute all'infanzia (1). Certamente per qualunque caso di negazione della paternità si suppone che il marito non abbia preso parte alcuna alla dichiarazione di nascita del figlio; chè altrimenti, s'egli vi avesse assistito senza fare alcuna dichiarazione o protesta contraria alla propria paternità, o molto più se vi si fosse dichiarato espressamente padre, ciò varrebbe fuor di dubbio come *rinunzia all'azione in disconoscimento.* Se tanto è stabilito rispetto al figlio nato durante il matrimonio ma concepito prima (art. 161 n° 2° cod. civ.) è da ritenersi con maggior ragione pel figlio concepito e nato in costanza del matrimonio stesso. Anzi, *nella particolarità del caso di cui ora si disputa,* si suppone assai .di più; che cioè *manchi affatto l'atto di nascita,* od almeno *non ne risulti la maternità* della moglie. Ma ciò che l'egregio autore si proponeva di dimostrare era, che *la legge regolatrice dell'azione in disconoscimento, in genere, non l'ha subordinata, nè poteva subordinarla all'esistenza dell'atto di nascita o d'un possesso di stato.* Ora ci par chiaro che a tale assunto fallisca completamente l'addotta argomentazione. Il *supporsi che il marito non abbia assistito alla dichiarazione di nascita del figlio* partorito dalla moglie, *nè vi abbia prestata la sua approvazione,* non vuol dire che l'atto di nascita non possa contenere la prova esplicita della procedenza del figlio da quella donna maritata, non vuol dire ch'egli debba apparirvi necessariamente come *nato da genitori ignoti.* Anzi avverrà più spesso il contrario; ed allora sarà caso che il marito, fondandosi sulla prova legale della maternità, potrà impugnare coi mezzi concessigli dalla legge la conseguente presunzione di sua paternità legittima. Che se l'atto di nascita manchi, o non somministri la prova della maternità, potrà equivalere per lo scopo dell'azione in disconoscimento, sotto le

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 166-167, vol. I, § 413, pag. 625.

limitazioni già sopra accennate, il *possesso di stato*. Nè sembra da accogliersi il concetto che tale possesso non possa prendersi in considerazione per l'infanzia del figlio. Prima di tutto, il possesso di stato non è subordinato ad un lungo corso di tempo nel quale debbano aver continuato i fatti che lo costituiscono. Basta che siasi verificata una *serie di fatti sufficiente*, a prudente giudizio del tribunale, *per dimostrare le relazioni di filiazione* (articolo 172 cod. civ.); e ciò può verificarsi anche per chi non abbia ancora avuta una lunga vita. Poi, non è detto che l'azione in disconoscimento debba essere esercitata nei primordi della vita del figlio, e può avvenire tutto all'opposto, quando il marito sia stato lungamente assente; nel qual caso il tempo per agire in disconoscimento del figlio non può cominciare a decorrere, fuorchè *dopo il ritorno* del marito stesso (art. 166 cod. civ.). S'insiste nell'osservare come la legge non abbia posto ad espressa condizione, per l'esercizio dell'azione in disconoscimento, che il figlio, contro il quale questa sia rivolta, abbia in proprio favore o *il titolo*, cioè l'atto di nascita, o il *possesso di stato*. E quando si osserva dal canto nostro che non era necessario esprimersi nel testo della legge ciò che era una naturale applicazione dei principii generali di diritto, si replica che *non è punto nella natura delle cose che il neonato*, contro il quale devesi promuover l'azione, *possegga neppur l'ombra di un tale apparato*, consistente nelle risultanze dell'atto di nascita o del possesso di stato. A questo risponderebbero già abbastanza le considerazioni fatte superiormente, dalle quali risulta come possa facilmente avvenire, e debba anzi essere più frequente, che il figlio, contro il quale vogliasi dal marito agire in disconoscimento, abbia ad appoggio della legittimità del proprio stato l'atto di sua nascita od il possesso. Ma poi, ciò che noi diciamo essere *nella natura delle cose*, tanto da non bisognare che la legge lo esprima, si è che non sia ricevibile un'*azione tendente a combattere la presun-*

zione di paternità legittima del marito, quando questa presunzione non può riguardarsi come esistente in diritto, per mancanza di ciò che sarebbe indispensabile per darle fondamento, cioè della *constatazione della maternità, che non risulti* nè dall'*atto di nascita, nè dal possesso di stato.* Noi neghiamo che, nulla essendovi che provi la maternità della moglie, e dia così fondamento alla presunzione di paternità del marito, possa questi essere ammesso a ricercare egli stesso quella maternità, per averne occasione a combattere questa presunzione che niuno gli attribuisce. E confessiamo schiettamente di non esser giunti a comprendere come a queste argomentazioni rispondano quelle che vi furono contrapposte.

38 *bis*, IV. Entrando ora nella seconda parte della nostra ricerca, v'incontriamo una supposizione che arreca una importante diversità a fronte del caso che precedentemente esaminammo. Non si tratta più di decidere della ricevibilità o non, dell'azione in negazione di paternità, che il marito volesse promuovere contro il figlio partorito dalla moglie sua e al quale mancasse tanto il titolo quanto il possesso dello stato di legittimità. Il marito si vede invece convenuto in giudizio dal figlio stesso; il quale, appunto perchè manca sì di titolo che di possesso, vuol procurarsi il terzo mezzo che la legge ammette per la dimostrazione della filiazione legittima, cioè la *prova per testimoni, appoggiata ad un principio di prova scritta od a presunzioni ed indizi gravi* (art. 174 confr. cogli articoli 170 e 171 cod. civ.), epperò promuove la reclamazione di stato, proponendo in appoggio di essa la detta prova. Anche in questo stato di cose, i principii relativi all'azione in disconoscimento di paternità fanno tuttavia sentire la loro influenza; imperocchè a due domande possono essi dar luogo; la prima se il *disconoscimento di paternità* si possa contrapporre, come mezzo di difesa, all'azione in reclamazione di stato intentata dal figlio; la seconda

se il reclamante stesso possa giovarsi del non avere il marito della madre sua promosso, entro i termini stabiliti dall'art. 166, l'azione in disconoscimento di paternità, per escludere la difesa ch'egli voglia ora opporre all'azione in reclamazione di stato.

Per rispondere adeguatamente al primo quesito, giova innanzi tutto riconoscere esattamente la posizione giuridica in cui si trova il marito convenuto nel giudizio di reclamazione. La condizione sua è naturalmente ed unicamente *di difesa;* per la quale anzi sono concessi a lui, come a chiunque altro contro il quale fosse intentata l'azione di reclamazione, mezzi più facili e più estesi di quelli che avrebbe pel disconoscimento di paternità (articolo 176 cod. civ.). Al figlio reclamante basta qui, come nei casi in cui fondasse i proprii diritti alla legittimità di stato sull'atto di sua nascita o sul possesso, di *provare la propria filiazione materna.* Fatta questa dimostrazione, la prova della paternità legittima discende di per sè dalla presunzione di legge, in virtù della quale *il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio* (art. 159 cod. civ.). Ciò dev'esser vero, quale che sia la specie di prova da cui risulti dimostrata la filiazione; basta solo che sia *legale* il mezzo con cui sia provata la maternità; e se al tempo del concepimento la madre era legata in matrimonio legittimo, il figlio ha perciò stesso diritto a conchiuderne ch'egli ha per padre il marito. Tuttavia in altro rapporto corre una differenza ben grande tra i casi che la filiazione materna risulti dall'atto di nascita o dal possesso di stato, e quello in cui sia provata col mezzo di testimoni. Nei primi la presunzione di paternità del marito è *assoluta*, *juris et de jure*, salva solo l'ammissibilità della prova contraria *nei casi di eccezione tassativamente determinati dalla legge;* nell'ultimo invece quella presunzione è *semplice*, e può essere combattuta *con qualunque prova contraria* (art. 176 cod. civ.). Di questa massima, risultante dal testo espresso della legge, è facile

d'altronde il rendersi ragione; imperocchè, come nota il *Toullier*, " la condizione del figlio che abbia in proprio " favore l'atto di nascita e il possesso costante del proprio " stato, od anche l'uno o l'altro soltanto, dev'essere natu- " ralmente migliore di quella del figlio il quale, non avendo " titolo nè possesso, non provi la propria filiazione fuorchè " con un mezzo sospetto sempre agli occhi della legge, " qual è quello dei testimoni, e dev'essere più difficile il " togliere al figlio lo stato di cui egli gode, o che gli " è attribuito dal suo atto di nascita, che di respingere " chi reclama uno stato di cui non gode o che dall'atto " di nascita non gli è dato " (1). Perciò quando il figlio reclama il proprio stato legittimo, di cui gli manca e titolo e possesso, e si propone di stabilire la propria filiazione *col mezzo della prova testimoniale*, la legge non esige da lui che, dopo aver dimostrato quale sia la madre sua, sia tenuto a provare eziandio d'essere *figlio del marito* di lei; e la legge stessa supplisce a questa prova colla presunzione stabilita dall'art. 159; ma d'altra parte questa presunzione non sorge abbastanza forte dalla prova della filiazione materna, somministrata col mezzo testimoniale di cui la legge diffida, perchè non possa essere distrutta da altre prove, da altre presunzioni contrarie. Ond'è che la legge permette al convenuto in reclamazione di stato, non solo di *opporre prove contrarie a quelle che si adducano per la dimostrazione della maternità*, ma, *anche essendo accertata pienamente questa*, di provare ancora, *con qualunque mezzo*, che il reclamante *non sia figlio del marito della madre* (art. 176 cod. civ.).

Dopo ciò non è necessaria altra dimostrazione intorno alla posizione che è fatta al marito contro il quale il figlio agisca in reclamazione di stato. Egli può *difendersi*, sia contestando le prove che il reclamante adduca per la propria filiazione materna od opponendovi prove con-

(1) V. Toullier, t. II, n. 895.

trarie, sia anche, quando fosse pienamente provata la maternità, dimostrando, *con qualunque mezzo di prova*, che *il reclamante non sia figlio di lui convenuto.*

Quando poi si chiede se il marito possa invece contrapporre all'azione *in reclamazione di stato* l'azione propria *in disconoscimento di paternità*, è ovvio il rispondere che ciò sarebbe vano ed assurdo. Sarebbe vano, perchè i mezzi che offrirebbe al marito l'azione in disconoscimento di paternità ch'egli potesse intentare, sarebbero molto più limitati, restringendosi a *cause determinate e tassative* per le quali si può dimostrare l'impossibilità della paternità del marito stesso; mentre anche questi mezzi si troverebbero già compresi tra quelli coi quali si concede genericamente al convenuto coll'azione in reclamazione *di provare che il reclamante non sia figlio del marito della madre*. Sarebbe poi anche assurdo, perchè, per agire in disconoscimento di paternità, bisogna, innanzi tutto, che *sussista la presunzione di paternità legittima* contro la quale s'intende combattere; nè questa presunzione può affermarsi ancora finchè pende il giudizio di reclamazione.

Ma veniamo alla parte più importante del nostro quesito. Il figlio, reclamante lo stato suo legittimo, vorrebbe togliere al convenuto qualunque possibilità di difesa, col far valere contro di lui la decadenza minacciata dall'articolo 166 al marito che abbia lasciati trascorrere i termini ivi stabiliti senza proporre giudizialmente la domanda in disconoscimento di paternità. Avrà fondamento questa pretensione? Sarebbe superfluo dimostrare come debba essere necessariamente negativa la risposta, se si adotta il sistema che a noi parve preferibile. Già lo accennammo; se si ammette che il marito non possa agire in disconoscimento contro il figlio che manchi di *titolo* e di *possesso* dello stato suo legittimo, non è più possibile immaginare che dal non avere esercitata un'azione che sarebbe stata *irricevibile* abbia a derivare al marito stesso alcun danno. Crediamo perciò fermamente che quando il figlio,

mancante appunto di titolo e di possesso, agisse in reclamazione di stato contro il marito della madre sua, questi potrebbe addurre in proprio favore tutti i mezzi di difesa permessigli dall'art. 176, senza che al reclamante offrisse alcun argomento in contrario il non essere stata mai esercitata dal marito medesimo l'azione in disconoscimento di paternità.

Questa opinione, benchè confortata da gravissime autorità (1), fu però combattuta dal *Borsari* (2); il quale, coerente alla propria massima che il marito possa disconoscere il figlio della moglie sua, sebbene questi non abbia nè titolo nè possesso di stato legittimo, ne dedusse che, se il marito stesso avesse trascurato di approfittare di quest'azione, non esercitandola entro i termini prefissi dall'art. 166, avrebbe *tacitamente rinunziato* a *disconoscere* il figlio stesso, epperò questo *tacito riconoscimento* formerebbe un ostacolo insuperabile all'ammissibilità di qualunque mezzo col quale egli intendesse più tardi a difendersi dall'azione in reclamazione di stato che il figlio intentasse. E certamente, se ci paresse accettabile la premessa, non dubiteremmo della conseguenza che l'egregio autore ne traeva; nè potremmo mai accostarci all'avviso di chi, ammettendo pure che il marito potrebbe disconoscere il figlio mancante sì di titolo che di possesso della legittimità, insegnò tuttavia che il marito stesso potrebbe anche, a volontà sua, astenersi dal promuovere quest'azione, ed attendere, senza limite di tempo, che il figlio reclamasse il suo stato legittimo, per valersi allora di tutti i mezzi di difesa che gli si possono presentare contro la reclamazione stessa (3). Ci sembra troppo chiaro che l'una di queste massime non è conciliabile coll'altra; dappoichè *se il marito può agire in disconoscimento* del

---

(1) V. Toullier, t. II, n. 894, 895; Demolombe, t. V, n. 145; Laurent, t. III, n. 433.

(2) V. *Comm.*, art. 166, vol. I, § 413.

(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 460, pag. 321.

figlio che manchi di titolo e di possesso, gli diverranno necessariamente applicabili i *termini perentorii* che l'articolo 166 stabilisce *per tutti i casi nei quali il marito è autorizzato a far richiamo*. Ma, ripetiamo, parendoci dimostrato che l'azione in disconoscimento non sia esercibile contro il figlio che non abbia in proprio favore nè titolo nè possesso, dobbiamo rigettare parimente la massima che il non avere esercitata quell'azione, entro i termini dell'art. 166, possa pregiudicare alle difese che il marito opponga, giovandosi del benefizio dell'art. 176, all'azione in reclamazione di stato intentata dal figlio.

Si considera, nell'opinione contraria, come grave argomento quello che si deduce dal supporsi che il marito *abbia conosciuto la nascita del figlio* dalla moglie sua, e tuttavia abbia taciuto. Certamente questa supposizione della conoscenza dei fatti per parte del marito è *una condizione indispensabile affinchè la quistione possa sorgere;* poichè se il marito, o per frode altrui od anche per caso, fosse rimasto all'oscuro di tutto, nè sarebbe stato possibile che egli intentasse un'azione di disconoscimento, nè, ciò stante, avrebbe potuto mai correre contro di lui, finchè rimanesse in tale stato, alcun termine di decadenza, che pur potesse essergli in massima minacciata, da tale azione. Ma ciò che è condizione necessaria perchè la questione sorga, non può costituire un mezzo decisivo per risolverla.

L'egregio autore argomenta eziandio dalla gravità dei motivi che, per non turbare profondamente la tranquillità e l'ordine delle famiglie, e quindi per interesse anche pubblico, fecero stabilire termini brevissimi perentorii per l'esercizio dell'azione in disconoscimento. Tutto questo è detto ottimamente. Ma sono considerazioni che non sembrano applicabili allorchè non si tratta già di apporre limitazioni all'azione con cui si volesse togliere al figlio lo stato legittimo che egli possedesse, ma *si tratta invece della difesa che si sostiene dal marito contro l'azione in recla-*

mazione di stato intentata dal figlio. Il limitare, o peggio ancora il sopprimere i mezzi di tale difesa, pigliandone pretesto dal non essersi promossa prima dal marito una azione in disconoscimento, alla quale egli non aveva interesse attuale finchè il figlio era destituito sì di titolo che di possesso, non pare che possa giustamente dirsi favorevole alla pace e al buon ordine delle famiglie.

Quando però il mancare al figlio il *titolo* per comprovare la filiazione sua, dipendesse da frode o da collusione del marito, il quale, per evitare il bisogno d'un disconoscimento formale, si fosse così reso colpevole di partecipazione ad un reato di *soppressione di stato;* pare certo, pel principio che a niuno può giovare la frode sua, che dovrebbero considerarsi le cose, a fronte del marito stesso, come se l'iscrizione dell'atto di nascita fosse regolarmente avvenuta; che quindi sarebbesi fatto luogo all'azione in disconoscimento di paternità, e così sarebbesi reso applicabile l'art. 166; e che in conseguenza di tutto ciò si potrebbero opporre gli effetti della decadenza pronunciata dal detto articolo, alle difese che il marito presentasse contro l'azione in reclamazione di stato giovandosi del disposto dall'art. 176 (1).

39. Volgendoci ora a considerare quali siano i caratteri proprii dell'azione in disconoscimento di paternità, riesce opportuno il premettere un'avvertenza, della quale più volte incontreremo occasione di applicazione. I principii generali sulle quistioni di stato, sulle azioni concernenti la filiazione legittima, non sempre valgono per questa speciale azione di disconoscimento di paternità, se non sotto certe limitazioni e con modificazioni particolari. Ciò è dovuto ad una considerazione della quale altra volta abbiam fatto cenno, e che costituisce una differenza specifica tra questa e le altre azioni relative allo

(1) V. Demolombe, t. V, n. 146.

stato di legittimità. Il figlio, contro il quale si agisce in negazione della paternità, è investito per legge dello stato di filiazione legittima. Si suppone che manchi perfino ogni contestazione, o che in ogni caso siano prodotte le prove legali della filiazione materna, dell'identità del figlio e dello stato coniugale della madre al tempo in cui, secondo la presunzione di legge, può ritenersi avvenuto il concepimento di lui; e ciò stante la filiazione paterna legittima gli è attribuita senz'altro dalla presunzione legale stabilita dall'art. 159 cod. civ., secondo cui " il " marito è padre del figlio concepito durante il matri- " monio „. È appunto questa presunzione legale che si viene a combattere col disconoscimento, dimostrando, per le cause e coi mezzi ammessi dalla legge, l'impossibilità fisica o morale della paternità del marito. E poichè la legge doveva necessariamente essere gelosa degli effetti di quella presunzione da lei posta a base dello stato di famiglia, e che quindi ha un carattere di eminente ordine pubblico, così non poteva ommettere le più efficaci precauzioni acciocchè non riuscisse possibile il distruggerla se non quando, e per le persone da cui l'azione venisse promossa, e per le cause sulle quali quest'azione stessa si fondasse, e pel tempo entro cui venisse intentata, e per le forme di cui si circondasse, fosse accertato nel miglior modo che la presunzione predetta dovesse veramente risguardarsi, nella particolarità delle circostanze, come destituita di fondamento. Da ciò provenne che, oltre a determinarsi tassativamente le cause che al disconoscimento di paternità potessero far luogo, fossero anche stabilite, per tutti gli altri rapporti ora accennati, regole speciali *limitative* in confronto di quelle che valgono comunemente per le altre azioni di stato; le quali altre azioni non tendono a combattere la *presunzione di paternità legittima del marito*, ma a *dimostrare che la presunzione di legittimità non possa esistere*, per mancanza dei fatti che sarebbero necessari a darle fondamento, quali sono la

filiazione materna, o lo *stato coniugale della madre* al tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento. E da ciò stesso è giustificato eziandio che, nell'applicare all'azione in disconoscimento di paternità i principii generali sulle quistioni di stato, debbasi manifestare nella dottrina e nella giurisprudenza una tendenza restrittiva, sia nell'ammettere meno facilmente quell'azione, sia nel dar luogo a mezzi di combatterla che per altre azioni di stato non potrebbero essere accolti. Del che vedremo fra breve qualche importante applicazione.

Indipendentemente dalle particolari condizioni, di persone, di cause, di tempo e di forme, che la legge ha prescritte per l'ammissibilità dell'azione in disconoscimento, è indispensabile, per essa come per qualunque altra, che le dia fondamento un *interesse legittimo*. Dal qual principio vedemmo già conseguirne che, sebbene sia espresso soltanto nell'art. 161, n° 3°, rispetto al *figlio nato prima che siano trascorsi centottanta giorni da quello del matrimonio*, pure per tutti i casi di disconoscimento, anche del *figlio concepito durante il matrimonio*, sarebbe necessariamente inammissibile l'azione *quando il parto fosse dichiarato non vitale;* imperciocchè trattandosi allora di chi non avrebbe potuto assumere qualità giuridica di *persona*, di chi non sarebbe stato mai *soggetto capace di diritti ed obbligazioni*, mancherebbe qualunque reale interesse a provocare l'azione in disconoscimento. Ma di qual natura potrà essere *l'interesse* sul quale questa azione abbia a fondarsi? Risponderebbero a tale domanda gli stessi principii generali che già abbiamo avuto occasione di svolgere parlando d'altre *questioni di stato*. Trattandosi d'un *diritto morale*, qual è lo stato della persona, può bastare, per dar fondamento all'azione corrispondente, l'interesse parimente *morale* che è inerente a quello stato per sè stesso. Ed anzi, quando un tale interesse si verifichi, esso deve naturalmente considerarsi come predominante sopra ogni *interesse pecuniario* che pur vi si

aggiungesse; il quale non potendo ad ogni modo riguardare altro fuorchè una qualche *particolare applicazione degli effetti dello stato personale*, verrebbe a rientrare e confondersi nell'*interesse morale* preminente e proprio di quello stato in sè stesso. Ma può darsi ancora che chi intenti l'azione di stato non possa allegarne a fondamento fuorchè un *interesse puramente pecuniario;* e ciò dovrebbe pure, secondo i principii generali bastare; a condizione però che quell'interesse fosse *legittimo ed attuale.* Se non che quei principii teorici, comuni generalmente alle diverse azioni di stato, quando abbiano da applicarsi a questa azione in disconoscimento della paternità devono sentire l'influenza del carattere *restrittivo* che sopra avvertimmo essere proprio di questa speciale materia.

Quantunque l'*interesse morale* sia primo e precipuo fondamento dell'azione in negazione di paternità, essa però non è attribuita dalla legge a chiunque possa allegare un tale interesse. Se così fosse dovrebbe essa spettare *a chiunque appartenesse legittimamente alla famiglia.* Vediamo all'opposto che la legge la concede soltanto *al marito*, e dopo la sua morte *agli eredi* di lui (art. 161 al 165 e 167 cod. civ.); e sappiamo che queste disposizioni devono considerarsi come *tassative*, tali cioè da escludere che possa estendersi l'esercibilità dell'azione, tendente a distruggere la presunzione legale di paternità, dal marito ad altre persone fuori di quelle che nel testo sono espressamente contemplate. Così pertanto, tra le persone le quali, a base dell'azione che esercitassero in negazione della paternità del marito, potessero addurre un semplice *interesse morale*, è unicamente *il marito medesimo* che vi è ammesso. I *parenti di lui*, quantunque aventi essi pure un *interesse morale* ad espellere dalla famiglia, di cui fanno parte, il figlio che abbia in proprio favore una presunzione legale di filiazione legittima alla quale non corrisponda la realtà, non possono esercitare quell'azione se non abbiano la qualità di *eredi del marito.* E in questa ipotesi non è

già sull'*interesse morale*, che possano avervi come appartenenti alla famiglia, ma sull'*interesse pecuniario* inerente all'eredità, che la loro azione si fonda. Poichè infatti la legge accorda l'azione *agli eredi* del marito, in questa loro qualità, e senza distinguere se siano parenti che succedano per legge, o siano estranei che succedano per testamento; e poichè è soltanto *nei rapporti pecuniarii* che l'*erede* rappresenta il defunto e succede nei suoi diritti e nelle sue obbligazioni; è chiaro che l'azione in negazione della paternità del marito non passa agli eredi di lui, *quali che essi siano*, se non come *azione pecuniaria*, in quanto si tratti d'*interesse di danaro*.

Anche per ciò che riguarda l'interesse pecuniario, troviamo poi derogato ai principii comuni concernenti le azioni di stato, per quella di disconoscimento della paternità. Non è *qualunque interesse pecuniario*, sebbene *legittimo nato ed attuale*, che possa prestar base a quest'azione. La legge non considera come atto a ciò fuorchè l'interesse *inerente alla successione* stessa del marito, *e consistente nel difenderla contro le usurpazioni o le turbative che siano commesse dal figlio a danno degli eredi sui beni della eredità* (art. 167 cod. civ.). Ed ancora non concede l'azione, sul fondamento di questo interesse, fuorchè *a coloro che rappresentano e continuano giuridicamente la persona del marito defunto, a titolo di successione universale.*

Dalle cose sopra esposte facilmente apparisce poi come anche a questa speciale materia sia applicabile un'osservazione la quale, del resto, risguarda un principio generale in argomento di questioni di stato; che cioè il passaggio, che l'azione in negazione di paternità faccia dal marito agli eredi di lui, è causa d'un grave cangiamento nel carattere dell'azione medesima. Nelle mani del marito essa è da considerarsi come *essenzialmente morale*, non ostante che possa avere effetti anche *in ordine ai beni.* Sarebbe lecito supporre che questi effetti possibili non si traducessero in realtà, per modo da derivarne un *legit-*

timo ed attuale interesse pecuniario, atto di per sè a dar fondamento all'azione, e tuttavia non sarebbe questa perciò meno esercibile in favor del marito; il che dunque basterebbe già a dimostrare come il carattere ne sia, appunto come dicemmo, essenzialmente morale. Può verificarsi pure, non è a dubitarne, il contrario; può darsi cioè che il marito abbia *un interesse anche pecuniario, legittimo ed attuale*, al disconoscimento del figlio; ad esempio per escluderlo dalla successione legittima d'un altro figlio, nella quale sarebbe chiamato a concorrere con lui (articolo 740 codice civile). Ma tuttavia questo interesse non sarebbe che *secondario* affatto, e da non considerarsi a fronte del principale e predominante *interesse morale* che il marito ha nel distruggere un rapporto di paternità e filiazione, dipendente da una presunzione di legge alla quale non corrisponde la realtà. Così dunque, fintantochè l'azione in negazione della paternità si considera presso il marito, essa deve riguardarsi come *essenzialmente morale*. Quando all'opposto si trasmette dal marito agli eredi, essa cangia natura diventando *puramente pecuniaria* (1).

Di queste considerazioni generali, che riputammo opportuno premettere, incontreremo frequenti ed importanti occasioni di applicazione nello svolgersi di questo argomento della negazione di paternità; e ne troveremo eziandio nelle ricerche che ora imprendiamo per riconoscere se a quest'azione siano da attribuirsi i caratteri di *esclusiva personalità*, *d'intrasmissibilità*, *d'inalienabilità*, *d'imprescrittibilità*, dei quali abbiamo discorso relativamente alle altre *questioni di stato*. Di questi diversi punti parleremo ora, limitandoci ai principii teorici generali, e rimettendone le applicazioni speciali alle parti successive di questo paragrafo, dove tratteremo delle persone che possono promuovere l'azione in disconoscimento di paternità e dei termini entro i quali dev'essere intentata.

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 137; Laurent, t. III, n. 437.

Nello studiare i caratteri dell'azione predetta dobbiamo sempre aver presenti due massime fondamentali già dimostrate sopra, e che ci saranno guide, non solo utili, ma necessarie: la prima, che quell'azione è considerata sotto un aspetto molto diverso secondo le persone a cui la legge l'attribuisce, poichè in quanto spetta al marito essa è considerata come un'*azione essenzialmente morale*, in quanto invece dal marito passi agli eredi di lui è riguardata come *azione puramente pecuniaria;* la seconda poi che in tutti i casi le disposizioni della legge, su tutto ciò che concerne quest'azione, sono *tassative*, e dev'essere ad esse applicata una *interpretazione ristretta*, non mai *estensiva.*

39 *bis*, I. Partendo adunque dagli accennati punti di vista, è facile formarsi un concetto generale circa il carattere di *esclusiva personalità* che debbasi o no attribuire all'azione in disconoscimento di paternità. Se la si considera come *azione essenzialmente morale*, in quanto appartiene *al marito*, è manifesto non potersi a meno di riconoscerla come *esclusivamente personale:* poichè tale è il carattere di quell'*interesse morale* che dà fondamento all'azione, e *personale* del pari è necessariamente il giudizio che il marito è chiamato a portare su questa questione d'onore per lui; se cioè gli convenga attaccare la presunzione di paternità legittima che sta a suo carico, ovvero sopportarne gli effetti, riconoscendo di non poterla combattere efficacemente, od anche volendo, per altre superiori considerazioni d'interesse morale proprio e della famiglia, tollerare l'ingiuria o perdonarla. Ma se invece si consideri l'azione come *pecuniaria*, in quanto spetti *agli eredi del marito*, è chiaro che, trattandosi di un vero *diritto patrimoniale*, in cui gli eredi succedono al loro autore, e tali diritti non essendo per natura loro (salvi i casi di espresse disposizioni di legge in contrario) da considerarsi come *esclusivamente personali*, altrettanto

dovrà dirsi necessariamente dell'azione corrispondente, attribuita agli eredi stessi. Ciò sia detto in teoria generale.

Ma l'*esclusiva personalità* d'un diritto o d'un'azione può considerarsi sotto un triplice aspetto; in quanto a nessun'altra persona, fuor di quelle che ne sono espressamente investite dalla legge, possa riputarsi attribuito quel diritto o quell'azione: in quanto nessuno possa, come avente causa di quelle persone, far valere tale diritto nell'interesse anche proprio; in quanto finalmente non possa nemmeno esercitarsi da altri il diritto o l'azione nell'interesse esclusivo delle persone a cui la legge l'attribuisce, e rappresentandole in virtù di mandato legale o convenzionale. Ora, nel primo rapporto, è certo che, non solo l'azione appartenente al marito, ma eziandio quella puramente pecuniaria attribuita agli eredi di lui, devesi considerare come ristretta rigorosamente a queste persone contemplate dalla legge, le cui disposizioni non potrebbero mai, come più volte dicemmo, essere estese sotto qualunque pretesto a favore di persone diverse. All'opposto negli altri due rapporti potrà avere influenza decisiva la distinzione che accennammo, tra l'azione *essenzialmente morale* appartenente al marito, e l'azione *puramente pecuniaria* attribuita agli eredi.

Dapprima quando si chiede se taluno possa, come *avente causa* del marito o di taluno degli eredi di lui, esercitare anche *nel proprio interesse* l'azione in negazione di paternità che spetterebbe al proprio autore — o in altri termini se i creditori del marito o degli eredi possano esercitare quell'azione approfittando della disposizione dell'art. 1234 cod. civ. — è facile il convincersi che la risposta dovrà conformarsi alla sovradetta distinzione. L'azione del marito essendo *essenzialmente morale*, non possono esercitarla in nome di lui i suoi creditori; ai quali non è concesso di poter promuovere i diritti e le azioni del debitore se non in quanto l'oggetto di tali

diritti ed azioni sia *pecuniario*, poichè il solo scopo pel quale è loro fatta dalla legge una tale concessione, si è ch'essi possano *conseguire quanto è loro dovuto*. Lo stesso art. 1234 eccettua infatti espressamente *quei diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore;* e tali si considerano appunto i diritti, come quello di negazione di paternità, che sono *esclusivamente morali*, o ne' quali almeno l'*elemento morale prepondera a fronte dell'interesse pecuniario*. Non reputeremmo per verità adottabile il concetto espresso da un celebre autore francese, il quale scrisse che i creditori del marito non potrebbero esercitare in nome di lui l'azione in negazione di paternità " perchè non si sa scorgere quale interesse po- " tessero avervi " (1). Come già abbiamo dimostrato, quantunque l'interesse del marito nell'azione predetta sia principalmente ed essenzialmente morale, ciò non impedisce che possa talvolta congiungervisi anche un *interesse pecuniario;* come quando si trattasse di escludere il figlio, dimostrandolo illegittimo, dal concorrere col marito alla successione apertasi d'un altro figlio; e in tale ipotesi sarebbe pur facile il vedere quale interesse avrebbero i creditori ad esercitare, in nome del marito loro debitore, l'azione in negazione di paternità contro il figlio. Se non che lo vieterebbe sempre ugualmente il carattere dell'azione stessa, che non cesserebbe di essere principalmente ed essenzialmente morale, benchè vi si frammischiasse anche un interesse pecuniario; mentre, come già notammo, questo interesse risguardante soltanto una speciale applicazione degli effetti civili dello stato personale, viene a confondersi nel predominante interesse morale che è proprio dello stato medesimo considerato in sè stesso. All'opposto l'azione competente agli eredi del marito essendo *puramente pecuniaria*, non vi è ragione perchè anche i creditori non possano esercitarla in nome

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 114.

degli eredi predetti loro debitori, approfittando dell'articolo 1234 cod. civ. Questa distinzione è infatti concordemente ammessa dalla dottrina ed applicata nell'accennato senso dalla giurisprudenza (1).

Allorchè poi si domanda se chi rappresenti legittimamente il marito o qualcuno degli eredi, per esempio il tutore del marito o dell'erede che fosse interdetto, possa esercitare, in nome e nell'interesse esclusivo del proprio rappresentato, l'azione a lui spettante, la medesima distinzione trova pure evidentemente un'utile applicazione. Quanto *all'azione pecuniaria* attribuita agli eredi del marito, non può esser dubbia l'esercibilità di essa da parte di chi, come tutore d'uno degli eredi stessi, ha il mandato dalla legge per *rappresentarlo in tutti gli atti civili ed amministrarne i beni* (art. 277 cod. civ.). Ma se invece si tratti dell'azione appartenente al marito, la soluzione del quesito non è più tanto chiara; ed è anzi vivissimamente disputata. Non intendiamo d'internarci ora nella quistione, di cui ci occuperemo più diffusamente trattando specialmente delle persone dalle quali può essere esercitata l'azione in disconoscimento. Ma poichè studiamo i caratteri proprii di quest'azione, non possiamo omettere d'indagare se il carattere *essenzialmente morale* che la distingue, in quanto essa appartiene al marito, debba costituire di per sè un ostacolo insuperabile a poter essere esercitata quell'azione in nome del marito stesso, dal tutore a cui egli per interdizione fosse soggetto. Limitata a ciò la nostra ricerca attuale, affinchè dovessimo rispondere negando quella facoltà al tutore, bisognerebbe che ammettessimo la massima insegnata da taluno di coloro che professano l'or accennata opinione; la massima cioè che " il tutore non abbia missione di " esercitare altri diritti del tutelato fuorchè quelli che

(1) V. Zachariae, § 546 *bis*, n° 7, 8; Marcadé, art. 316, 317, § I, t, II, n. 18; Demolombe, t. V, n. 114, 137; Laurent, t. III. n. 436, 437.

" risguardino gl'*interessi pecuniarii di lui*, e debba rima-
" nere *estraneo a tutti i diritti morali* „ (1). Or questo non ci sembra esatto. La legge che conferisce al tutore il mandato di *rappresentare l'incapace in tutti gli atti della vita civile*, è generale; nè lascia luogo alla pretesa distinzione fra *gli atti d'interesse pecuniario e quelli d'interesse morale.* D'altronde perchè mai, dalla protezione con cui la legge volle assistere l'incapace affidandolo a chi agisse per lui, si dovrebbero escludere così assolutamente tutti gl'interessi morali, tanto più preziosi talvolta degli stessi interessi materiali? Certamente vi sono atti che il tutore non potrebbe fare in rappresentanza del tutelato; ma non per cagione dell'*interesse morale* che degli atti medesimi formi il fondamento, sibbene perchè, *per l'intrinseca natura loro, quegli atti non possono essere che l'emanazione diretta della volontà della persona* a cui la facoltà di farli apparterrebbe. Allora la ragione per cui tali atti non possono compiersi da un rappresentante di quella persona è evidente; poichè non è concepibile che si possa sostituire efficacemente la volontà di una persona a quella di un'altra, per produrre un atto che dalla volontà di quest'ultima debba essenzialmente emanare. Così è, per esempio, degli atti di riconoscimento di prole naturale, di matrimonio, di testamento, ecc. Ma nulla di simile vi ha per certo in una azione che s'intenti giudizialmente. *Il carattere essenzialmente morale dell'azione in negazione di paternità spettante al marito*, non può dunque di per sè impedire che quell'azione sia esercibile, pel marito medesimo che si trovi in istato d'interdizione, dal suo tutore. Che cosa resta adunque? Di vedere se dal testo legislativo che determina le persone da cui l'azione in disconoscimento può essere promossa, e dallo spirito che ne risulta, non emergano per avventura ragioni sufficienti a persuadere che

---

(1) V. Laurent, op. cit., t. III, n. 436, pag. 550, 551.

sia stata volontà del legislatore di considerare il disconoscimento della paternità come uno di quei diritti che il tutore non abbia qualità ad esercitare in nome del tutelato. È questo di cui ci riserbiamo di occuparci più tardi.

39*bis*, II. Quantunque l'azione in negazione di paternità sia in principio *essenzialmente morale*, e quantunque i diritti di tale indole non siano in generale suscettibili d'essere trasmessi dalla persona a cui per loro natura sono strettamente inerenti, a persone diverse, pure non può essere dubbia la *trasmissibilità* di questa azione speciale. Ne porge prova troppo evidente l'articolo 167 del cod. civ., coll'ammettere che, se *il marito muoia senza aver promossa l'azione, ma prima che sia decorso il termine utile*, possano esercitarla gli eredi di lui. Nè sarebbe esatto il pensare che fosse un'azione nuova che sorgesse a profitto degli eredi, per benefizio di legge. A questo concetto contrasterebbe manifestamente il testo del medesimo articolo 167, laddove stabilisce che solamente quando il marito non abbia perduta l'azione pel decorso del termine stabilito, possa essa competere agli eredi. Il che dimostra adunque che gli eredi non hanno quell'azione in proprio, ma l'hanno solamente *come rappresentanti del marito e per effetto della trasmissione ereditaria*. Ma come può conciliarsi l'idea di questo passaggio che l'azione faccia dal marito agli eredi, colla trasformazione ch'essa subisce divenendo, da essenzialmente morale com'era in mano del marito, puramente pecuniaria come si trova presso gli eredi? Nè di questa trasformazione può dubitarsi: poichè oltre alle considerazioni sopra riferite che la dimostrano, stanno ancora a confermarla le disposizioni dello stesso art. 167; il quale facendo decorrere per gli eredi del marito il termine per impugnare la legittimità del figlio *dal tempo in cui egli sia entrato in possesso dei beni del defunto o dal tempo*

in cui gli eredi fossero turbati dal figlio in tale possesso, prova fino all'evidenza non trattarsi per gli eredi del marito che di *difendere col mezzo dell'azione in negazione della paternità del marito stesso, gl'interessi pecuniarii inerenti alla successione di lui.* Per quanto però possa a prima vista sembrar difficile la combinazione di questi principii, non si può tardar molto a riconoscerla perfettamente giustificata. L'azione vera in negazione di paternità spettante al marito, l'azione *d'interesse essenzialmente morale,* si estingue insieme alla vita del marito medesimo. Non è di essa che possa operarsi il passaggio agli eredi. Così è rispettato il principio della *intrasmissibilità dei diritti d'ordine morale.* Ma il fatto stesso che produce quell'effetto, il fatto cioè della morte del marito, è causa che la stessa azione assuma un carattere giuridico diverso, come inerente alla successione che si apre, e come mezzo necessario a difenderla contro le ingiuste pretensioni che il figlio vi accampasse sopra. Ed ecco come l'aprirsi stesso della successione, faccia trasformare l'azione, portandola dall'ordine essenzialmente morale in cui era presso il marito, alla condizione di semplice *diritto patrimoniale;* come la trasmissione stessa ereditaria operi a favore degli eredi il passaggio dell'azione così modificata; come infine tutto ciò supponga che al momento in cui la successione si aprì, l'azione in negazione di paternità non fosse già estinta per causa anteriore procedente dal marito stesso, poichè nella ipotesi contraria non sarebbe possibile il trasformarsi di una azione che più non esistesse; ond'è che, se il marito già ne avesse incorso la decadenza per lo spirare del termine utile che dalla legge gli era concesso, o se vi avesse espressamente rinunziato, gli eredi a loro volta non potrebbero più trovare quest'azione nell'eredità, nè quindi potrebbero più impugnare la legittimità del figlio, come anche il detto art. 167 espressamente dichiara.

Bisogna però guardarsi dal confondere lo stato di cose

che si ha nell'azione di negazione di paternità del marito, promossa dagli eredi di lui contro il figlio, con quello che si verifica in altri casi di contestazione di stato o di legittimità: nei quali l'*oggetto vero e diretto dell'azione può essere una cosa d'interesse pecuniario, e la quistione di stato non esser posta in campo fuorchè come un mezzo per dimostrare fondato il diritto pecuniario che principalmente e direttamente si reclami;* mentre l'oggetto vero e diretto dell'azione promossa dagli eredi del marito, a termini dell'art. 167 cod. civ., è sempre l'*impugnazione della legittimità del figlio*, e l'interesse pecuniario inerente alla successione non è che il fondamento sul quale si appoggia l'esercizio dell'azione stessa. Ciò è tanto vero, che infatti il detto art. 167 suppone promuoversi direttamente dagli eredi del marito una vera azione in negazione di paternità, quand'anche non abbisognino di rivendicare i beni ereditari di cui il figlio si fosse impossessato, ma solo abbiano interesse a far cessare con questo mezzo le turbative che nel possesso da essi tenuto di que' beni fosser loro apportate dal figlio.

Prima di passare ad altro argomento, avvi ancora in questo una domanda alla quale importa rispondere. La trasmissibilità dell'azione in negazione di paternità, si limita essa al passaggio che tale azione fa, secondo l'art. 167, dal marito ai suoi *eredi immediati?* Oppure può lasciar luogo a trasmissioni ulteriori?

La risposta ci sembra facile e pronta. Poichè l'azione, come passa dal marito agli eredi di lui, non è che un *diritto patrimoniale inerente alla successione*, che essi acquistano *per effetto della stessa trasmissione ereditaria*, ed è un *mezzo necessario per difendere i diritti ereditari* contro le pretensioni che il figlio accampi; par chiaro che quel diritto debba ritenersi spettante, quel mezzo di difesa debba considerarsi come legittimamente attribuibile a qualunque persona a cui per trasmissioni successive passino, in tutto od in parte, i medesimi diritti ereditarii. Così non solo

gli eredi immediati del marito, ma a loro volta anche gli eredi di questi potranno invocare il benefizio dell'articolo 167; a condizione sempre, s'intende, che si tratti di *successioni a titolo universale.* Ma non sarebbe concesso altrettanto a coloro che per effetto di disposizioni d'ultima volontà degli eredi del marito avessero acquistato soltanto beni particolari appartenenti all'eredità; giacchè non essendo essi succeduti propriamente nei *diritti* ereditarii, neppur si potrebbero considerare come succeduti al marito medesimo nell'azione in denegazione di paternità, a norma dell'art. 167 cod. civ.

39 *bis*, III. Dal quesito relativo alla trasmissibilità dell'azione in disconoscimento, passiamo ora all'altro, che gli è affine; se a quell'azione debbasi attribuire il carattere della *inalienabilità.* Se si considera quell'azione come appartenente al marito, e quindi essenzialmente nell'ordine morale, non si può esitare a risolvere affermativamente quel quesito; essendo certo che ogni *diritto morale* è per la intrinseca natura sua così strettamente inerente alla persona alla quale è attribuito, da dover essere assolutamente inaccettabile qualunque idea di trasmissione, che per volontà di quella persona possa operarsene da lei ad un'altra. Se invece si ha riguardo all'azione che dopo la morte del marito compete agli eredi di lui, quel principio non può più essere applicabile; non trattandosi di un *diritto morale, ma* di un *diritto pecuniario, patrimoniale,* che forma parte integrante dell'eredità, che si trasmette con essa, e deve quindi seguire necessariamente la sorte delle trasmissioni successive che avvengano della eredità medesima. Certamente non potrebbe l'erede del marito cedere separatamente ad altra persona, quand'anche questa appartenesse alla famiglia del marito stesso, l'azione pel disconoscimento del figlio; imperciocchè quest'azione è divenuta, dopo apertasi l'eredità del marito, così strettamente inerente ad essa da non potersene oramai distac-

care. Ma appunto per questa medesima ragione, è da ammettersi che, qualora fosse fatta una *cessione dei diritti ereditarii*, il cessionario sarebbe investito anche del diritto di disconoscimento del figlio, che fra quelli sarebbe compreso, che sarebbe inerente all'eredità, formandone mezzo legittimo di difesa contro le usurpazioni che il figlio commettesse o le ingiuste pretensioni ch'egli accampasse sui beni ereditarii (1). Contro questa massima potrebbesi veramente opporre una grave obbiezione, tratta dal considerare come il cessionario non potrebbe dirsi avere la rappresentanza e continuazione giuridica della persona del marito defunto, la cui eredità avrebbe formato oggetto della cessione. Ma è da riflettere che la vera giustificazione del potersi da taluno altro, dopo la morte del marito, promuovere l'azione in disconoscimento, non istà propriamente nel potersi quello considerare come rappresentante e continuatore giuridico della persona del marito, da cui quell'azione gli pervenga; e infatti l'azione stessa, quale è attribuita agli eredi, è d'indole ben diversa, come osservammo, da quella che competeva prima al marito. La ragione vera consiste in ciò, che dalla morte del marito il disconoscimento del figlio diviene un diritto patrimoniale, che forma parte integrante dell'eredità come *mezzo necessario allo scopo di difendere l'eredità stessa dalle usurpazioni o dalle ingiuste pretensioni del figlio.* Ora sotto questo aspetto riesce evidente che simili considerazioni giustificano eziandio doversi trasmettere l'azione predetta al cessionario dell'eredità.

39 *bis*, IV. La trattazione di questo argomento dell'alienabilità, o non, dell'azione in disconoscimento, invita ad estendere le ricerche a qualche cosa di più che non siano i soli atti di alienazione propriamente tali; ad esaminare cioè con quale estensione di effetti debba ricevere

(1) V. Laurent, op. cit., t. III, n. 438 in fine.

applicazione anche a questa azione, il principio fondamentale in rapporto a *quistioni di stato, ch'esse non possano essere oggetto di nessuna convenzione, rinunzia o transazione.* Una osservazione simile fu già fatta relativamente alle azioni in *contestazione di stato* ed in *contestazione di legittimità.*

Non può dubitarsi dell'applicabilità generale del ricordato principio anche all'azione in disconoscimento; poichè non è men vero per questa, che per le altre, doversi ogni *quistione di stato* riguardare come *cosa fuori di commercio* e che come tale non può quindi mai formare oggetto di contratto (art. 1116 cod. civ.). Così è certo se, riconoscendo il fondamento dell'azione in negazione di paternità che il marito potrebbe intentare, il figlio facesse atto di rinunzia al presunto suo stato di legittimità, o se una simile rinunzia fosse contenuta in una transazione o convenzione qualunque, o se con tale transazione o convenzione si pretendesse di stabilire una qual che si fosse modificazione dei rapporti giuridici nascenti dallo stato legittimo del figlio, quella rinuncia, quel contratto, quella transazione non potrebbe avere esistenza giuridica efficace, mancandone un requisito essenziale, qual è quello di *un oggetto che possa essere materia di convenzione.*

Ma non si potrebbe dire altrettanto della *rinunzia che il marito facesse all'azione che gli competerebbe pel disconoscimento del figlio;* o, ciò che equivale, del *riconoscimento ch'egli emettesse in favore del figlio* medesimo, convalidando con ciò la presunzione della legittimità di lui. Sia poi che si tratti d'un atto apposito unilaterale portante quella rinunzia, sia poi ch'essa sia contenuta in un contratto di transazione od altro, quell'atto o contratto dovrebbe sempre considerarsi come avente piena efficacia civile (1). Ciò abbiam visto essere disposto in parte

---

(1) V. Zachariae, § 546, n. 3, pag. 266, n[a] 1; Laurent, t. III, n. 377; Demolombe, t. V, n. 74, 76, 162.

espressamente, in parte dedursi con tutta certezza ed evidenza dall'art. 161, che risguarda uno dei casi di disconoscimento della paternità, quello cioè che concerne il figlio nato durante il matrimonio prima del quale però sia stato concepito. Fu dimostrato come quell'articolo *determini tassativamente* i fatti dai quali può risultare *la rinunzia tacita* del marito all'azione in disconoscimento del figlio *nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dopo il matrimonio;* come però se ne debba argomentare *a fortiori* la validità della *rinunzia espressa* ch'egli facesse a quell'azione, e come debbasi ritenere parimente efficace la rinunzia che gli eredi del marito facessero alla propria azione in disconoscimento, sia in modo espresso, sia tacitamente con qualunque fatto che i giudici riconoscessero valevole ad indurne la rinunzia stessa (1). Ritenuto dunque tutto ciò, conformemente alla chiara volontà del legislatore, per quanto riguarda il disconoscimento del figlio concepito prima del matrimonio durante cui nacque, come sarebbe poi possibile ammettere, senza inconseguenza, massime contrarie, ed escludere l'efficacia di qualunque rinunzia all'azione in negazione di paternità, di qualunque riconoscimento anche espresso del figlio, allorchè questi fosse *concepito e nato durante il matrimonio?* Se vi è ragione di differenza, essa starebbe piuttosto in vantaggio di quest'ultimo caso, e per far luogo in esso a più facili mezzi di obliterare l'azione in disconoscimento; dappoichè merita certamente maggior favore lo stato del figlio concepito e nato in costanza del matrimonio, che lo stato di quello concepito prima. Vero è che nel testo della legge non trovasi per questo caso dichiarazione esplicita che permetta la rinunzia espressa o tacita all'azione in disconoscimento; ma non ve n'era bisogno, avendo appunto la legge medesima ammessa testualmente la rinunzia tacita, e per necessaria conseguenza anche

(1) V. sopra, n. 10, pag. 52 e seg.

l'espressa, rispetto al caso meno favorevole del figlio concepito prima della celebrazione del matrimonio. D'altronde, anche per l'ipotesi del disconoscimento d'un figlio concepito e nato in costanza del matrimonio, si è accolta testualmente *una specie di rinunzia tacita*, la quale può risultare dal lasciar trascorrere i termini che sono stabiliti perentoriamente per esercitare l'azione (art. 166 cod. civ.). Abbiam detto, *una specie di rinunzia tacita;* perchè a rigore non potrebbesi qualificare esattamente come tale il *decorso del termine prefisso dalla legge sotto pena di decadenza.* Quando si stabiliscono tali termini, non lo si fa in vista della presunta volontà della parte di rinunziare all'azione che non abbia promossa entro quel tempo; ma *come condizione imposta dalla legge per l'esercizio utile di quella data azione*, sulla quale l'interesse anche pubblico non permetta di lasciar pesare l'incertezza del silenzio per tutto il tempo della prescrizione ordinaria. Non è men vero però che il lasciar decorrere quel termine senza esercitare l'azione, equivale a rinunzia tacita per parte di colui al quale l'azione stessa appartiene: e che se si trattasse di una tale azione contro cui la rinunzia fosse inammissibile, sarebbe pure incongruo lo stabilirsi un termine di decadenza. La disposizione dall'art. 166 importa dunque essere riconosciuta dal legislatore la possibilità della rinunzia per parte del marito all'azione in disconoscimento del figlio, ancorchè concepito durante il matrimonio. Se poi si chiedesse la ragione di questa differenza tra *l'azione in disconoscimento di paternità e quelle in contestazione di stato ed in contestazione di legittimità*, per cui mentre le ultime non si risguardano come suscettibili di veruna rinunzia, questa invece debba considerarsi come pienamente efficace rispetto alla prima, non sarebbe difficile il trovarne una pienamente soddisfacente. Nei casi di contestazione di stato o di contestazione di legittimità *non vi ha presunzione legale della legittimità*, perchè manca qualcuno dei fatti che sarebbero

necessari a costituirne le basi giuridiche, cioè l'accertamento della *maternità* o della *identità* del figlio, o la dimostrazione dello *stato coniugale* della madre al tempo del concepimento. Per ammettere dunque l'efficacia legale della rinunzia a queste azioni in contestazione di stato ed in contestazione di legittimità, bisognerebbe supporre che si *potesse creare per volontà privata* uno stato personale a cui mancassero le basi stabilite dalla legge per la sua esistenza; ciò che sarebbe assurdo. All'opposto nel caso di *negazione di paternità la presunzione della legittimità esiste.* L'azione in disconoscimento, tendente a distruggere questa presunzione d'interesse anche pubblico, è ammessa dalla legge, benchè a malgrado e con molte limitazioni e precauzioni, per quei casi nei quali siano provati fatti contrari, a fronte di cui la presunzione stessa non possa più reggersi. La rinunzia che il marito faccia all'azione che gli competerebbe, o ciò che equivale, il *riconoscimento* ch'egli faccia del figlio come proprio, non vien dunque a *creare per atto di volontà privata uno stato personale* di cui manchino in diritto le basi costitutive, ma viene puramente e semplicemente a convalidare uno stato già legalmente esistente, a corroborare una presunzione di diritto, o toglier forza ai fatti che si volessero dopo addurre in contrario, a porre il marito in condizione di dover contraddire a sè stesso e venir contro il fatto proprio se più tardi volesse ancora intentare l'azione in disconoscimento. Qual meraviglia pertanto che la rinunzia si consideri in questo caso come efficace, e l'azione in disconoscimento di paternità si ritenga come non più esercibile? Potrà per vero accadere talvolta che in fatto non sussista la paternità del marito, quantunque da lui riconosciuta, e che passi così come legittimo un figlio *adulterino.* Ma saranno i casi meno frequenti; e ad ogni modo la massima sarà sempre giustificata dal favore con cui è giustamente considerato dalla legge lo stato di legittimità.

Ammessa in principio la validità della rinunzia all'azione in disconoscimento, e poichè la legge non appone limitazione alcuna circa i modi di essa, ne seguirà che possa essere tanto *espressa* quanto *tacita*, e che quest'ultima possa risultare da qualunque fatto riconosciuto sufficiente per tal uopo a prudente criterio dei giudici. Mancando qualunque disposizione limitativa della legge, non si può che applicare questi principii generali, valevoli per qualunque manifestazione di privata volontà. Nè sarebbe giusto obbiettare, quanto alla *rinunzia tacita*, ch'essa non potesse risultare fuorchè dal decorso dei termini stabiliti dall'art. 166; giacchè come abbiam dimostrato, non è veramente una rinunzia tacita che quel-l'articolo contempli, quantunque essa possa essere effetto del decorso dei termini ivi stabiliti; ond'è che può dirsi con esattezza che, circa il disconoscimento della paternità pel figlio concepito durante il matrimonio, la legge, come non parla della rinunzia espressa, così non dà neppure nessuna indicazione dei fatti dai quali si possa indurre la rinunzia tacita, rimettendone in tutto la valutazione al potere discretivo dell'autorità giudicante.

Dalla teoria fin qui dimostrata sono facili a dedursi le conseguenze.

Il marito che avendo promossa l'azione in disconoscimento ne avesse poi desistito, non potrebbe più intentarla nuovamente, quando almeno non si trattasse di semplice *rinunzia agli atti del giudizio, ma di vera rinunzia all'azione stessa.*

L'acquiescenza al giudicato di primo grado con cui fosse stata respinta l'azione intentata, impedirebbe assolutamente di poter più impugnare coll'appellazione quella sentenza.

La confessione giudiziale o estragiudiziale del marito circa lo stato legittimo del figlio, sarebbe sempre opponibile al marito stesso.

Potrebbesi anche far luogo a deferire, all'attore in

disconoscimento, il giuramento decisorio, circa i fatti contestati in occasione del disconoscimento medesimo; purchè, s'intende, si verificassero le condizioni necessarie secondo la legge comune per rendere deferibile il giuramento.

Ciò che abbiam detto circa quest'azione in negazione di paternità, che cioè la convenzione o transazione che sovr'essa si facesse dovrebbe considerarsi come *nulla*, in quanto contenesse *rinunzia del figlio al proprio stato di presunta legittimità*, o modificazioni quali che fossero ai rapporti giuridici derivanti dallo stato medesimo, mentre invece sarebbe *valida* in quanto portasse *rinunzia del marito all'azione in disconoscimento*, corrisponde in qualche modo alla teoria, che riferimmo, del *Troplong*, circa l'*azione in contestazione di stato;* teoria che si riassume in questo concetto, *esser valida la transazione se favorevole allo stato della persona, ma nulla se le è contraria* (1). Ci parve non accettabile quella dottrina, perchè ammetterebbe *potersi creare colla convenzione, colla transazione, uno stato a favore d'una persona che non l'avesse per diritto.* Ma quest'obbiezione, che è perentoria pel caso di *contestazione di stato*, giacchè in esso la legittimità del figlio non ha appoggio alcuno nella presunzione della legge, non può essere applicabile al caso ben diverso *di disconoscimento della paternità*, dove invece avvi presunzione legale di legittimità, nè quindi, rinunziando all'azione colla quale si potrebbe impugnare questa presunzione, si viene punto *a creare uno stato* alla persona, ma solo a convalidare e rendere inattaccabile quello ch'essa ha già per legge.

Quanto fu esposto superiormente circa le conseguenze derivanti dall'inalienabilità, o non, dell'azione in disconoscimento, risguarda il caso che tale azione si consideri come appartenente *al marito;* nel quale rapporto essa ha carattere *essenzialmente morale*. Che se invece si riguardi

(1) V. sopra, n. 27, pag. 202-204.

all'azione stessa *in quanto è esercibile dagli eredi del marito,* trovandosi essa in questo aspetto fondata sopra un *interesse meramente pecuniario* ed essendo *inerente alla eredità*, i principii che bisogna applicare sono assai più semplici. È chiaro infatti che *i diritti ereditari* potendo formare validamente oggetto di *convenzioni*, di *rinunzie*, di *transazioni*, ciò non potrebbe mancare d'una influenza decisiva anche sull'azione in disconoscimento; la quale appartenendo agli eredi solo perciò ch'essi sono investiti dei diritti ereditarii, rimarrebbe quindi necessariamente estinta per loro, allorchè di quei diritti si fossero spogliati per effetto di rinunzia, di transazione o convenzione qualunque.

39 *bis*, V. Poco ci resta a dire intorno all'ultimo quesito proposto, circa la prescrittibilità dell'azione in disconoscimento.

Ritenerein massima *imprescrittibile* quest'azione, sarebbe contrario al testo della legge ed ai principii fondamentali della materia. Sarebbe contrario al testo, poichè esso stabilisce, tanto per l'azione spettante al marito, quanto per quella esercibile dagli eredi di lui, dei termini di rigore entro i quali dev'esser promossa giudizialmente l'azione medesima, *sotto pena di decadenza* (art. 166 e 167 codice civile). Si può disputare, e vedremo a suo tempo essere effettivamente controverso, se siano quelli *semplici termini di decadenza dall'azione*, o costituiscano veramente una *prescrizione estintiva*, a cui pertanto siano applicabili le regole generali ordinarie, anche per ciò che concerne la *sospensione della prescrizione* per causa d'incapacità della persona a cui l'azione compete. La grande maggioranza degli autori tiene la prima opinione. Ma, comunque essa si debba risolvere, sta sempre che l'azione in disconoscimento deve riguardarsi, per virtù della disposizione stessa della legge, come *prescrittibile;* poichè, se si fosse ritenuta *essenzialmente imprescrittibile*, non sarebbesi potuto

nemmeno prefiggere al suo esercizio dei termini, lo spirare dei quali ne producesse la decadenza.

Questa prescrittibilità è poi conforme alla natura stessa dell'azione, ed ai principii fondamentali che la regolano. La prescrizione estintiva avrebbe qui il suo fondamento naturale nella *presunzione d'una tacita rinunzia al diritto di negare la paternità* o di un *tacito riconoscimento della paternità* stessa; e poichè anche per l'azione essenzialmente morale, appartenente al marito, e molto più per quella puramente pecuniaria attribuita agli eredi di lui, è da ritenersi la validità e piena efficacia giuridica della *rinunzia* al disconoscimento, e dell'equivalente *riconoscimento della paternità legittima*, non potrebbe nei principii di diritto incontrarsi ostacolo ad ammettere in amendue i casi ugualmente la prescrittibilità dell'azione.

40. L'estesa dimostrazione che abbiam premessa intorno ai principii generali che reggono l'azione in disconoscimento di paternità e intorno ai principali caratteri di essa, renderà assai più piana e breve la trattazione delle regole speciali a cui la legge ha subordinato l'esercizio dell'azione stessa.

Queste regole sono generalmente applicabili tanto se l'azione sia esercitata dal marito, quanto se dopo la morte di lui la promuovano i suoi eredi, e tanto se si tratti del figlio nato entro i centottanta giorni da quello del matrimonio, quanto se si tratti del figlio concepito e nato in costanza del matrimonio.

Tra l'azione che legge concede al marito e quella che dopo la morte di lui passa agli eredi, non avvi altra differenza, oltre a questa delle persone da cui l'azione si esercita, fuorchè nella natura dell'interesse che le dà fondamento, *interesse morale pel marito, pecuniario per gli eredi*, e nel termine che è prefisso dalla legge per poter agire utilmente.

Tra i due casi poi che si tratti di disconoscere il figlio

concepito prima del matrimonio, o quello concepito e nato in costanza di esso, la differenza consiste unicamente nelle *cause* per le quali il disconoscimento è ammissibile; chè mentre *il figlio nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dopo il matrimonio* può essere disconosciuto, sì dal marito che dagli eredi, senza bisogno di appoggiarsi a nessuna causa speciale, nè di escludere con apposite prove la possibilità della paternità del marito stesso, ma limitandosi alla *semplice denegazione*, invece il figlio concepito in costanza del matrimonio non può essere disconosciuto fuorchè allegando e provando qualcuna delle *cause tassativamente determinate dalla legge*, mediante cui si dimostri l'impossibilità fisica o morale della paternità del marito.

Di queste cause tassative, sulle quali può fondarsi il disconoscimento del figlio concepito durante il matrimonio, ci siamo già occupati estesamente altrove, ed abbiamo così esaurita anticipatamente una parte importante delle regole speciali relative all'esercizio di quell'azione. A completare questo argomento ricercheremo ora: 1° da quali e contro quali persone possa l'azione in disconoscimento essere esercitata; 2° entro quali termini debba essere promossa; 3° quali forme debbano osservarsi nel giudizio; 4° quali effetti produca la sentenza che pronunzi sull'azione intentata.

A) *Delle persone dalle quali e contro le quali può essere intentata l'azione in disconoscimento.*

Sommario. — 41. Riferimento ai principii generali precedentemente esposti, per quanto risguardano le persone che possono promuovere l'azione in disconoscimento. — 42. Applicazioni del principio che l'azione, in quanto si fonda sopra un interesse essenzialmente morale, appartiene esclusivamente al marito. — 43. Applicazioni del principio che l'azione, in quanto si fondi sopra un interesse soltanto pecuniario, appartiene esclusivamente agli eredi del marito. — 44. Applicazioni del principio che l'azione attribuita al marito è esclusivamente personale a lui. — 44 *bis*. Se l'azione in disconoscimento d'un figlio partorito dalla moglie di un assente possa essere esercitata dai presunti eredi immessi nel possesso dei beni di lui. — 45. Applicazioni del principio che non è

esclusivamente personale agli eredi del marito l'azione ad essi appartenente. — 46. Applicazioni del principio che l'azione è sempre suscettibile di rinunzia, tanto considerandola come appartenente al marito quanto agli eredi. — 47. Se gli eredi possano proporre l'azione per tutte le cause che la renderebbero esercibile in favore del marito? — 48. Conseguenze dell'appartenere divisamente a ciascuno degli eredi l'azione ad essi attribuita. — 49. Massime fondamentali risguardanti le persone contro le quali dev'essere intentata l'azione in disconoscimento.

41. I principii che esponemmo preliminarmente in questo paragrafo, risguardano in molta parte l'argomento speciale che ora proponiamo alle nostre ricerche, delle persone che possono promuovere l'azione in disconoscimento; ed è soltanto di alcune particolari applicazioni di essi che dovremo qui occuparci.

Cominciamo dal richiamare in brevissime parole quei principii.

Le disposizioni di legge da cui sono determinate le persone che possono provocare l'azione in negazione di paternità, debbono ricevere una interpretazione rigorosamente stretta; di modo che a nessuna altra persona può quell'azione attribuirsi, fuori di quelle che sono espressamente e tassativamente designate nel testo legislativo. Esse sono *il marito*, e dopo la sua morte *gli eredi di lui* (art. 161 al 167 del cod. civ.).

Presso il marito l'azione predetta ha sempre un carattere *essenzialmente morale*. Da lui essa *si trasmette agli eredi;* i quali perciò non possono esercitarla fuorchè in virtù della rappresentanza giuridica che hanno del loro autore, in virtù del *diritto universale* che loro appartiene sulla eredità alla quale quell'azione è inerente, ed ai quali essa serve come mezzo per far cessare le usurpazioni o le turbative di possesso che in loro danno fossero commesse dal figlio fondandosi sulla presunzione di legittimità che sta in suo favore. Da ciò segue che se, per rinuncia o per altra causa, il marito avesse in sua vita perduta l'azione in negazione di paternità, non potrebbe nemmeno appartenere più agli eredi quell'azione, poichè essi non la troverebbero nella eredità.

Dallo stesso principio deriva altresì che l'azione concessa agli eredi non differisce, generalmente, da quella che prima apparteneva al marito, e che debbono esserle applicate le stesse massime per regolarne le condizioni e gli effetti. Vero è che l'art. 167, parlando dell'azione attribuita agli eredi, la denomina d'*impugnazione di legittimità*, e non di *disconoscimento della paternità* come ha qualificato quella del marito. Ma di questa diversità di linguaggio si riscontra la ragione in ciò; che sarebbe apparso improprio il dire che si potesse *ricusare di riconoscere un figlio altrui*. Il che, del resto, non può influire su quanto concerne le condizioni e gli effetti dell'azione; la quale non può non essere identica, poichè dal marito passa, come parte integrante dell'eredità di lui, ai suoi successori universali.

Avvi però un punto importante di differenza tra l'azione spettante al marito e quella attribuita agli eredi; che cioè, mentre la prima è da considerare come appartenente essenzialmente all'*ordine morale*, perchè ha per suo primo e principal fondamento un interesse di questa natura, l'altra invece è *essenzialmente pecuniaria*, giacchè soltanto quale mezzo di guarentire gl'interessi pecuniarii può riguardarsi come inerente all'eredità e trasmissibile così agli eredi.

Si può dire pertanto che *nell'ordine morale* l'azione in negazione di paternità *appartiene esclusivamente al marito; nei rapporti puramente pecuniarii spetta esclusivamente agli eredi del marito.*

L'azione attribuita al marito, appunto perchè attenente all'ordine morale, è da riguardarsi come *esclusivamente personale* al marito medesimo.

All'opposto l'*azione pecuniaria* esercibile dagli eredi non ha questo carattere di *esclusiva personalità*.

L'azione in negazione di paternità, o si consideri come appartenente al marito, o come trasmessa da lui ai proprii eredi, può sempre essere oggetto d'una *rinunzia* efficace, da parte sì di quello che di questi.

Ricordate così queste massime fondamentali, di cui fu data superiormente la dimostrazione, vediamo ora quali siano le principali applicazioni delle quali si presenta l'opportunità in questo particolare argomento delle persone che possono promuovere l'azione in disconoscimento.

42. *Nell'ordine morale l'azione in negazione di paternità appartiene esclusivamente al marito.*

Durante la vita di lui, nessun altro potrebbe dunque promuovere quest'azione; quando anche si trattasse di persone appartenenti alla famiglia legittima del marito medesimo, quando anche fossero altri figli legittimi di lui. Vero è che costoro hanno pure in proprio un interesse morale evidente, ad escludere dalla famiglia colui che non avrebbe diritto a farne legittimamente parte, e che a questo interesse morale possono eventualmente congiungersi anche interessi pecuniarii di grave importanza. Vero è ancora che il marito potrebbe, per trascuranza o per speciali interessi pecuniarii proprii, o per collusione, ommettere, con danno morale sempre, talora anche pecuniario degli altri interessati, di esercitare l'azione che pur fosse manifestamente fondata. Ma a fronte di tutto ciò, la legge ha dovuto considerare che l'interesse principale, e di gran lunga prevalente su qualunque altro possibile, nel disconoscimento della paternità, era quello del marito; che trattandosi di combattere la presunzione legale di legittimità del figlio, fondandosi sopra fatti riguardanti personalmente il marito, era a lui che doveva essere riservato esclusivamente il giudizio sulla sufficienza o non di questi fatti per promuovere l'impugnazione di quella presunzione; che anche sott'altro aspetto veniva ad essere giustificata questa rigorosa riserva in prò del marito, perchè, indipendentemente dal fondamento dei mezzi coi quali la presunzione di paternità legittima si possa combattere, possono esservi considerazioni di gravissimo interesse morale, le quali persuadano della convenienza di

subire gli effetti della presunzione di paternità legittima, quantunque non fondata in fatto, piuttostochè suscitare lo scandalo di un processo, che scaccierebbe forse per sempre la pace dalla famiglia, ne turberebbe profondamente l'ordine, e coprirebbe di vergogna il marito stesso: che di tutto ciò è bene il marito che deve essere naturalmente il solo giudice, poichè egli vi è principalmente e personalmente interessato; che infine non si potrebbe, senza manomettere le più essenziali considerazioni di moralità e di convenienza, ammettere un conflitto fra terze persone, per quanto legittimamente interessate, che volessero attaccare la presunzione di paternità legittima del marito, e il marito medesimo che intendesse di rispettarla.

Posto pertanto questo principio fondamentale, i termini assoluti in cui la legge lo ha formulato, non permettono certamente d'introdurre veruna distinzione che lo limiti. Così non v'ha dubbio che la madre, quantunque niuno meglio di lei possa conoscere se siano o no fondati i fatti che si opporrebbero alla presunzione di paternità legittima del marito, non potrebbe però mai impugnare essa stessa la legittimità del figlio. Quest'azione che, tendendo a far dichiarare il figlio come *adulterino* od almeno come *naturale*, conterrebbe l'accusa di adulterio o di concubinato a carico della madre stessa che l'esercitasse, quest'azione tanto profondamente immorale, è dunque manifestamente esclusa dalla legge.

È escluso del pari che il figlio medesimo sia ammissibile *a rifiutare la paternità legittima del marito della madre sua*, preferendo una filiazione adulterina che potrebbe forse procurargli qualche vantaggio pecuniario; ad esempio, per ottenere dal genitore illegittimo che lo avesse dichiarato in iscrittura per suo, o dalla successione del genitore medesimo, gli alimenti (art. 193, 752 cod. civ.).

43. *Nei rapporti puramente pecuniarii l'azione in negazione di paternità appartiene esclusivamente agli eredi*

del marito. Un qualunque interesse pecuniario, per quanto *legittimo ed attuale*, quando non fosse *inerente alla successione* del marito e *consistente nel difendere la eredità* dalle usurpazioni o turbative di possesso dei beni ereditarii commesse dal figlio, e quando l'azione non fosse *promossa dai successori universali del marito* in questa loro qualità, non potrebbe dunque dar fondamento all'azione in negazione di paternità che le terze persone aventi quell'interesse pretendessero di esercitare. Questo fu già dimostrato superiormente. Ne segue pertanto che se la nascita del figlio, che potrebb'essere disconosciuto dal marito, fosse allegata da quest'ultimo come causa di *rivocazione d'una donazione* da lui precedentemente fatta (articolo 1083 cod. civ.), il donatario non potrebbe, per difendersi contro tale domanda, impugnare egli stesso la legittimità del figlio. Potrà darsi caso che il marito approfitti così vergognosamente del proprio disonore per trarne un vantaggio pecuniario, ed è innegabile che il donatario avrebbe un interesse legittimo ed attuale ad impugnare la presunzione di legittimità che sta in favore del figlio. Ma è certo ad ogni modo, che questo *interesse* non può bastargli, per giustificare ch'egli eserciti un'azione per la quale gli manca la *qualità* necessaria, secondo le regole che la legge ha stabilite in questa materia che è di stretta interpretazione (1).

Lo stesso dovrebbe dirsi dei *legatari* o *donatari* del marito, che, per impedire la *riduzione* dei legati o delle donazioni, intentata contro di loro dal figlio in qualità di legittimario, volessero impugnare la filiazione paterna di lui. Essi pure, a fronte d'un innegabile interesse legittimo ed attuale, mancherebbero però della *qualità* per promuovere l'*azione in negazione di paternità* del marito (2).

---

(1) V. Demolombe, t. V, n° 115.

(2) V. Proudhon, t. II, ch. I, sect. I, § 4, n. 1°, pag. 65-66; Duranton, t. III, n. 82, 83; Zachariae, § 546 *bis*, nª 2; Aubry et Rau, t. VI, § 546 *bis*,

In senso contrario fu sostenuto che, in questa materia, colla parola " eredi „ il legislatore abbia voluto indicare tutti coloro che " sulla successione del padre abbiano " dei diritti i quali dalla legittimità del figlio potrebbero " essere pregiudicati „; invocando in proposito la legge 170, D. *de verb. significatione* (L, 16): " Heredis appellatione " omnes significari successores credendum est, etsi verbis " non sint expressi „. Una diversa interpretazione — soggiungevasi — produrrebbe effetti sufficienti per sè soli a refutare il principio. E proponevasi, per dimostrar ciò, il seguente esempio: " Un uomo, dopo aver dimorato per " due anni nelle colonie, vi è morto lasciando un testa- " mento in cui disponeva, con tanti legati particolari, " di tutte le sue sostanze. La moglie sua, che non ha " mai lasciata la Francia, ha partorito poco tempo dopo " la morte di lui. Nel sistema che oppugniamo, il figlio " potrebbe venire a reclamare la sua riserva sui beni " del marito, senza che i legatari avessero il diritto di " contestare la legittimità del figlio stesso „ (1). Però nè questi argomenti, nè l'autorità del giureconsulto che li aveva suggeriti, bastarono ad impedire che nella dottrina francese si formasse generalmente un'opinione opposta, come accennammo nella nota precedente. La massima che sotto il nome di eredi siano da comprendersi tutti i successori a qualunque titolo, non può essere applicabile quando si tratti, come nella materia presente, d'un diritto attribuito dalla legge ad una persona determinata; la quale pertanto può essere rappresentata nell'esercizio del diritto stesso solamente da coloro che giuridicamente sono riguardati come continuatori della persona stessa per tutto ciò che a lei apparteneva, essendole succeduti *a titolo universale;* non già da coloro che le siano succeduti *a titolo particolare*, unicamente riguardo ad un oggetto

---

n° 1; Marcadé, art. 317, § I, t. II, n. 18; Demolombe, t. V, n. 130; Laurent, t. III, n. 438.

(1) V. Delvincourt, lib. I, tit. VI, ch. IV, sect. II, § I, t. I, pag. 89, n° 6.

determinato. Ora la legge attribuisce l'azione in disconoscimento di paternità al marito, lasciandolo giudice del fondamento per sostenere una tale azione e della opportunità di esercitarla; ed ammette poi che la stessa azione passi agli eredi come continuatori e rappresentanti della persona di lui: ma non è ammissibile che la detta azione si trasmetta pure ai legatari, che come successori a titolo particolare rappresentano il loro autore solo relativamente all'oggetto del legato. I legatari possono bensì avere interesse all'impugnazione della paternità del loro autore; ma ciò non basta a legittimare l'esercizio dell'azione, che non è conceduta a qualunque interessato, come è per quella *in contestazione di legittimità*. Non fu quindi a torto che i signori *Aubry* e *Rau* rimproverarono alla teoria del *Delvincourt* di " fondarsi sopra una con-
" fusione manifesta tra l'azione in disconoscimento, che
" non può essere esercitata se non facendo valere i diritti
" del marito, e l'azione in contestazione di legittimità che
" compete *nomine proprio* a qualunque persona interes-
" sata ". E infatti, nell'esempio da lui proposto, il *Delvincourt*, diceva di supporre appunto una CONTESTAZIONE DI LEGITTIMITÀ.

È dunque da ritenere assolutamente e senza restrizioni, che l'azione in disconoscimento non può essere esercitata, *dopo la morte del marito*, se non *da coloro chè rivestano effettivamente la qualità di eredi, di successori universali del marito stesso*. Da ciò deriva che gli eredi i quali avessero rinunciato alla eredità del marito, non potrebbero essere più ammessi ad intentare l'azione predetta; perciocchè con quella rinunzia si sarebbero spogliati della *qualità* in virtù della quale soltanto potevano agire, in guisa da essere considerati ormai *come se non fossero mai stati chiamati alla eredità* (art. 945 cod. civ.); nè sarebbe allegabile in loro favore l'interesse morale, che pure avessero, come parenti legittimi, a promuovere il disconoscimento. Purchè però chi intenta l'azione abbia, in forza

delle disposizioni testamentarie del marito defunto od in forza della legge, la qualità di *erede* del marito stesso, nè di tale qualità siasi spogliato con un *atto di rinunzia;* ciò basta a legittimare l'esercizio dell'azione predetta. Nè importa che dell'eredità non siasi per anco fatta accettazione formale, poichè non dipende da questa, ma direttamente dalla disposizione della legge, l'essere l'erede investito del possesso della eredità, e quindi anche della facoltà di esercitare quest'azione che dell'eredità medesima fa parte integrante (art. 925 cod. civ.). Neppure importerebbe se la eredità fosse stata accettata con *benefizio d'inventario;* avvegnachè chi si valga di questo benefizio non cessi perciò di avere la qualità di erede, e di potere in virtù di essa esercitare le azioni formanti parte della eredità, — fra le quali è da annoverarsi anche questa, per impugnare la legittimità del figlio del defunto, — allo scopo *essenzialmente conservativo* di proteggere i beni ereditari contro le usurpazioni o turbative di possesso del figlio medesimo. E poichè appunto l'azione in disconoscimento è da riputarsi *inerente alla eredità,* come *mezzo di guarentirne gl'interessi pecuniarii* contro le pretensioni del figlio; poichè, anche nel caso che l'eredità fosse *giacente* (art. 980 cod. civ.) questi interessi non sarebbero cangiati, nè l'azione in disconoscimento del figlio cesserebbe di essere parte integrante della eredità e mezzo necessario alla conservazione dei diritti successorii in favore di quelle persone, quali che esse siano, a cui possano competere; poichè in fine il *curatore* che si nomina all'eredità giacente è *tenuto ad esercitarne e promuoverne le ragioni* tutte, e più specialmente quelle che abbiano uno *scopo conservativo dei beni ereditari,* e in ciò sono comuni al curatore predetto le stesse regole che valgono per l'*erede benefiziato* (art. 982 e 983 comb. col 980 cod. civ.); così non pare dubbio che anche il curatore dell'eredità giacente potrebbe, nell'interesse di essa, intentare l'azione in disconoscimento del figlio che fosse

entrato nel possesso dei beni del defunto o commettesse turbative (1).

Attribuendo l'azione in negazione di paternità, dopo la morte del marito, *agli eredi* di lui, la legge non fa distinzione se si tratti di successione *legittima* o *testamentaria*. Ed oltrechè l'introdurre una tale distinzione sarebbe perciò arbitrario, ed opposto ai più certi principii di una retta interpretazione, è poi manifesto che nemmeno in diritto costituendo una distinzione simile potrebbe trovare appoggio di ragione sufficiente. Di vero, sì gli eredi testamentari come i legittimi rappresentano e continuano giuridicamente la persona del defunto; sì agli uni come agli altri appartiene l'*universalità di quei diritti ereditari* dei quali fa parte l'azione in disconoscimento, e ch'essa ha per iscopo di proteggere contro le pretensioni del figlio. Perchè dunque si negherebbe agli uni quest'azione che si concedesse agli altri? La differenza tra loro consiste in ciò, che mentre quelli a cui la successione si devolve per legge sono i *parenti legittimi* o i *figli naturali* o il *coniuge* del defunto, o in mancanza di tutti loro, *lo Stato*, la successione testamentaria può invece essere deferita a qualunque persona capace, ancorchè estranea alla famiglia del defunto; ed i parenti hanno nell'esercizio dell'azione in disconoscimento un *interesse morale* che manca affatto agli estranei eredi testamentari. Ma è troppo chiaro che questa differenza non potrebbe avere conseguenze qui dove l'*interesse morale* è posto assolutamente da parte, e non è più considerato altro che l'*interesse pecuniario inerente alla eredità;* ed è chiaro altrettanto che questo *diritto puramente pecuniario*, che forma *parte attiva della successione*, deve spettare *a chiunque raccolga la successione stessa*, si devolva poi essa per legge o per testamento, o siano parenti legittimi del defunto o siano estranei i successori. Così

(1) V. Demolombe, t. V, n. 128.

non potrebbe soffrire difficoltà presso noi questa massima; la quale era universalmente accettata anche dagli interpreti del codice francese, sebbene la differente denominazione, di *legatari universali* od *a titolo universale*, che davasi in quel codice ai successori testamentari, mentre applicavasi *in senso stretto* ai soli successori legittimi la qualificazione propria di *eredi*, potesse lasciar pretesto a dubitare se l' azione in disconoscimento, concessa *agli* eredi, potesse ritenersi attribuita comprensivamente anche ai successori testamentari. Si obbietterà che, riservata così l'azione agli eredi, ancorchè testamentari ed estranei, potrà accadere che costoro, colludendo forse col figlio che potrebb'essere disconosciuto, non gl'intentino l'azione, ed impediscano così gli effetti che dall'esercizio di essa deriverebbero in vantaggio di tutta la famiglia legittima? L'osservazione è vera, ma non ferisce per nulla la teoria incontestabile che fu sopra esposta. L'accennato inconveniente, che del resto ben di rado si verificherà, non sarebbe in ogni caso da attribuirsi all'esser concessa l'azione in disconoscimento agli estranei che siano eredi testamentari, non meno che agli eredi legittimi. Esso sarebbe piuttosto un effetto dell'*essersi limitata l'azione, in quanto si fondi sull'interesse morale, al solo marito*: di guisa che considerata sotto quell'aspetto può dirsi che si estingue colla vita del marito stesso, nè si trasmette ai parenti legittimi che non abbiano qualità di eredi. Ed abbiam visto per quali gravi motivi sia stato così disposto. Ritenuto questo, ritenuto che, passando agli eredi, l'azione diventa d'interesse puramente pecuniario, e che è *in facoltà degli eredi stessi*, ai quali quell'interesse appartiene, di esercitare o no l'azione, quando il figlio entri in possesso dei beni del defunto o turbi il possesso in cui essi siano; non deve più far meraviglia la possibilità che, per accordo fra il figlio e coloro che soli potrebbero agire contro di lui, lo si lasci tranquillamente in possesso dello stato di figlio legittimo, non

ostante che i parenti avrebbero un interesse morale a vederlo espulso dalla famiglia. Questa stessa possibilità vi sarebbe ugualmente se anche l'azione pecuniaria fosse stata attribuita ai soli *eredi legittimi;* i quali pure avrebbero potuto colludere col figlio, con danno morale di tutta l'altra famiglia legittima. D'altronde il figlio stesso ha sempre in sua mano il mezzo per impedire che gli eredi, siano poi legittimi o testamentari, possano esercitare contro di lui l'azione in negazione di paternità; mezzo che consiste semplicemente nell'astenersi dall'entrare in possesso dei beni del defunto o dal turbare in qualunque modo il possesso che ne abbiano gli eredi (art. 167 cod. civ.). Per rimediare a tutto ciò non sarebbesi offerta che una sola via; quella di concedere l'azione in negazione di paternità, dopo la morte del marito, a chiunque avesse un *interesse anche solo morale* ad esercitarla, vale a dire a chiunque appartenesse per vincolo di parentela legittima alla famiglia del marito. Ma il legislatore non ha creduto conciliabile l'estendere di tanto l'esercibilità di quest'azione, colla protezione che pur si doveva allo stato legittimo che il figlio possegga, alla tranquillità ed all'ordine delle famiglie.

Un celebre autore ha insegnato che quando il non esercitarsi l'azione in negazione di paternità dipendesse da *collusione fraudolenta* tra il figlio ed i successori universali testamentari del marito, i parenti legittimi di quest'ultimo potrebbero " *denunziare la frode, e sostenere " che il successore universale, nelle cui mani era l'azione " in negazione di paternità che interessava a tutta la famiglia " del marito, l'ha tradita d'accordo col figlio* „ (1). Ma può mai dirsi fraudolenta l'astensione dall'esercizio di una facoltà propria? Non devesi applicar qui, con maggior ragione, il principio che non è da imputare a frode l'usare di un proprio diritto, sia pure con danno altrui?

(1) V. Demolombe, t. V, n. 132.

E d'altronde, a qual pro dimostrare la collusione, se il parente legittimo del marito nè potrebbe mai costringere l'erede di quest'ultimo a promuovere contro il figlio l'azione in negazione di paternità, nè potrebbe esercitarla egli stesso, non avendo su che appoggiarla, fuorchè sopra un semplice *interesse morale* che la legge non ritenne sufficiente per attribuire a lui quell'azione?

Come la legge accorda l'azione agli eredi senza distinguere tra i legittimi ed i testamentari, così nemmeno rispetto ai diversi *eredi legittimi* essa permette, nella sua generalità, di fare alcuna distinzione tra i *parenti legittimi* e gli altri che possono esser chiamati dalla legge medesima alla successione del marito, nè di farne, nella categoria stessa dei parenti legittimi, in ragione dei particolari rapporti che esistano tra gli eredi che promuoverebbero l'azione, ed il figlio o la madre. Pertanto anche i figli legittimi degli stessi genitori possono, *in qualità di eredi* del padre, intentare la negazione della paternità di lui, contro un altro figlio. È ripugnante certamente l'esercizio di quest'azione, colla quale i figli verrebbero a colpire d'infamia la propria madre, a far onta alla memoria del padre, a svelare pubblicamente un disonore della famiglia. Ma se essi volessero pure esercitare questo diritto, che è concesso senza limitazioni *a qualsiasi erede del marito*, non vi sarebbe eccezione da potervisi con fondamento opporre. Perciò questa massima è insegnata senza contraddizioni dalla dottrina (1).

È certo parimente, come già avvertimmo, che anche da qualunque altra delle persone a cui la legge devolve la successione, oltre ai parenti legittimi, potrebb'essere esercitata l'azione in disconoscimento del figlio. Così, se il marito avesse lasciati *figli naturali*, essi pure, come *eredi legittimi* (art. 744, 747 cod. civile) ed anche nella

---

(1) V. DELVINCOURT, l. c.; PROUDHON et VALETTE, t. II, pag. 62-63, nª (*a*); DURANTON, t. III, n. 70; DEMOLOMBE, t. V, n. 125; LAURENT, t. III, n. 442.

stessa successione testamentaria in virtù dei diritti che sono in loro favore riservati dalla legge (art. 815, 816 cod. civ.) potrebbero promuovere quell'azione. Anche questo apparisce incontestabilmente dalla generalità del testo della legge, che parla indistintamente degli *eredi del marito;* ed è confermato dalla considerazione che, mentre anche i figli naturali del marito hanno comune con qualunque altro erede di lui *l'interesse legittimo* a far valere quell'azione, od anzi più veramente la *necessità di esercitarla per difendere, contro le usurpazioni o le turbative del preteso figlio legittimo, i loro diritti ereditarii,* non potrebb'esservi poi nei loro rapporti personali un ostacolo giustificato a giovarsi di un tal mezzo, mentre è concesso di valersene anche agli altri *figli legittimi del marito.*

Ragioni somiglianti devono far ritenere altrettanto rispetto alla *moglie superstite,* che agisca in qualità di *erede del marito;* quando sia caso di nuove nozze che questi abbia contratte, dopo la morte della moglie da cui sia nato il figlio che si tratterebbe di far dichiarare illegittimo. Che se all'opposto si trattasse della madre stessa di questo figlio, non sembrerebbe ch'essa, *neppure in veste di erede del marito,* potesse essere ammessa ad esercitare un'azione colla quale verrebbe ad accusare sè medesima di adulterio (1). Vi è stato veramente chi ha manifestato un'opinione contraria (2) argomentando dalla generalità della legge, che attribuisce l'azione *a tutti i successori universali del marito,* e dall'osservazione che anche agli altri figli legittimi degli stessi genitori è concessa la medesima azione, quantunque essa pure sia innegabilmente scandalosa ed immorale. Ma, se è vera l'addotta generalità del testo della legge, è vero però eziandio che il testo medesimo suppone manifestamente

(1) V. Duranton, t. III, n. 76; Demolombe, t. V, n. 134.
(2) V. Laurent, t. III, n. 442 in fine.

questa verità morale evidente, che la madre non possa ella stessa farsi a sostenere, in un giudizio da lei promosso, che il figliuol suo non appartenga al proprio marito e sia frutto dell'adulterio. Lo suppone manifestamente, laddove stabilisce che *nel giudizio sarà pure in tutti i casi chiamata la madre* (art. 168, § 2 cod. civ.). È evidente dunque che la madre *non può mai essere attrice* in questo giudizio, nel quale *in tutti i casi* deve essere *chiamata ad intervenire*. D'altra parte poi non regge il confronto tra il caso, per quanto immorale e scandaloso, nel quale un figlio venga ad accusare d'adulterio la madre, allo scopo di escludere dalla famiglia legittima un altro figlio, e quello in cui la madre medesima, per un fine d'interesse pecuniario, venisse ad allegare la propria turpitudine, ad affermarsi essa stessa adultera.

E come non è dato alla madre di agire in negazione della paternità del marito, a danno del proprio figlio, così neppure può esser concesso agli eredi della madre stessa, e meno ancora ai parenti di linea materna che non abbiano tale qualità di eredi. Questa massima è insegnata dal maggior numero degli autori, quantunque da alcuni altri contraddetta (1) ed è veramente conforme ai principii. A qual fondamento, infatti, potrebbero mai gli eredi della moglie appoggiare la loro azione? Non all'interesse morale ch'essi pure avrebbero di escludere dalla famiglia legittima il figlio, poichè l'azione d'interesse morale è limitata esclusivamente, come abbiamo veduto, per alte considerazioni di convenienza, al solo marito; non all'interesse pecuniario *della eredità stessa della moglie*, o d'altre successioni di parenti materni predefunti, poichè *il solo interesse pecuniario* che la legge abbia considerato come atto a formar base dell'azione in

(1) V. Toullier, t. II, n. 835; Duranton, t. III, n. 77; Zachariae, § 546 *bis*, nª 3, 2ª ediz. Bruxelles; Demolombe, t. V, n. 135; Aubry et Rau, t. VI, § 545 *bis*, nª 3, 4ª ediz. — *Contra:* Merlin, *Rép.*, vº *Légitimité*, sect. IV, § I. n. 1; Delvincourt, l. c.

negazione di paternità, è, come abbiamo visto, *quello della eredità del marito;* non infine a quest'ultimo interesse pecuniario, giacchè non potendo esso venire allegato a tal uopo dalla moglie stessa, neppur potrebbero addurlo gli eredi di lei che la rappresentano. Non è già, come dicono alcuni dei citati autori, che sia impossibile di attribuire agli eredi qualche azione che non sia spettata prima ai loro autori. Si hanno anzi parecchi esempi di azioni le quali, *non sorgendo che dipendentemente dall'aprirsi stesso della successione*, nascono quindi direttamente e per la prima volta a profitto degli eredi; come avviene, per esempio, delle *azioni in riduzione* delle disposizioni testamentarie o delle donazioni eccedenti la quota disponibile. Ma nè trattasi qui di un'azione di questa natura, nè abbiamo disposizioni di legge che accordino agli eredi della moglie quell'azione in impugnazione della legittimità del figlio, che a lei stessa era negata. D'altra parte, bisogna sempre rammentarlo, versiamo qui in materia di stretta interpretazione, nella quale bisogna attenersi rigorosamente ai termini della legge, che non concede l'azione in negazione di paternità fuorchè *al marito ed agli eredi di lui.*

Da ultimo anche lo Stato, a cui in mancanza d'ogni altro erede legittimo si devolve la successione (art. 721, 758 cod. civ.), potrebbe *in questa qualità*, e per difendere i beni ereditari contro le usurpazioni e le turbative di possesso che il figlio commettesse, intentare contro di lui l'azione in negazione della paternità del defunto.

Non ostante l'accennata massima, che tutti coloro i quali possono allegare la qualità di *eredi del marito*, abbiano facoltà di esercitare l'azione in disconoscimento del figlio, sarebbe troppo grossolano errore il pensare che il figlio stesso potesse farla valere. È manifesto, innanzi tutto, che, siccome l'azione predetta deve necessariamente esser proposta *contro il figlio*, o personalmente o rappresentato da un curatore, è quindi assurdo

il supporre che il figlio possa promuovere un'azione che dovrebbe esercitare contro se medesimo. Oltre di che sarebbe troppo profondamente immorale l'ammettere taluno a rifiutare il proprio stato legittimo, per rivendicare la condizione di figlio adulterino. Poi, non sarebbe nemmeno esatto il concetto che il figlio potesse allegare la qualità di erede legittimo del marito della madre sua, per impugnare la propria legittimità. Le due qualità di figlio adulterino della madre e di erede legittimo del marito sono in opposizione l'una a fronte dell'altra. Non è quindi possibile presentarsi come rivestito legalmente della qualità di erede del marito, per sostenere contemporaneamente di non esser figlio del marito, il che recherebbe per necessaria conseguenza la esclusione del diritto alla successione legittima di lui.

44. *L'azione attribuita al marito, attenendosi essenzialmente all'ordine morale, dev'essere considerata come esclusivamente personale al marito stesso.*

Conseguenza certa di questo principio abbiamo visto essere, che i creditori del marito non possano mai, in nome di lui ma nell'interesse anche proprio, esercitare l'azione in disconoscimento contro il figlio del loro debitore. Notammo eziandio come siavi invece controversia assai viva intorno all'altro quesito; se, in nome del marito che fosse in istato d'interdizione, e quindi nell'esclusivo interesse di lui, potesse promuovere l'azione in disconoscimento del figlio il tutore del marito medesimo. Intorno al qual dubbio ci limitammo a considerare, sotto l'aspetto generale, se *il carattere essenzialmente morale* dell'azione spettante al marito debba riguardarsi come sufficiente per sè a renderla *personalissima*, in modo da impedire ch'essa possa essere esercitata, pel marito al quale compete, dal tutore di lui. E ci parve dimostrato abbastanza che la risposta al quesito, nel senso puramente teorico e generale ora ricordato, dovesse essere

negativa (1). Restava però di esaminare, sul testo e secondo lo spirito della legge, se veramente essa abbia voluto vietare al tutore di esercitare, in nome e nell'interesse dell'interdetto, l'azione in disconoscimento di paternità che a lui appartenga. Ed è sotto tale aspetto pratico, che completeremo ora la discussione, esponendo brevemente le opposte opinioni manifestatesi nella dottrina, e le principali considerazioni a cui ciascuna di esse si appoggia.

Vi è chi insegna che il tutore del marito interdetto può intentare in nome di lui l'azione in disconoscimento (2). Il tutore rappresenta l'interdetto *in tutti gli atti civili* (art. 329 comb.° col 277 cod. civ.); quindi anche *in tutte le azioni* ch'egli avesse diritto di proporre in giustizia. La legge non ammette eccezioni contro questa massima generale. Nè potrebbero applicarsi per analogia quelle che sono stabilite pei *creditori*, rispetto alle azioni *esclusivamente inerenti alla persona del debitore*, ch'essi volessero esercitare *pel conseguimento di quanto è loro dovuto* (art. 1234 cod. civ.). Questa pretesa analogia non sussiste; dappoichè i creditori agiscono *pel proprio interesse pecuniario*, che può facilmente trovarsi in opposizione coll'interesse non solo pecuniario, ma anche *morale* del debitore; mentre all'opposto il tutore agisce esclusivamente *nell'interesse personale del proprio tutelato*, e rappresentandolo, viene in qualche modo ad identificarsi giuridicamente con lui negli atti che compie in suo nome. Neppure potrebbesi considerare l'azione in disconoscimento come compresa nella categoria di quei diritti che sono inerenti strettissimamente alla persona a cui appartengono, tanto che, non solo il *godimento*, ma l'*esercizio* stesso di essi non è concepibile fuorchè come assolutamente *personale;* ond'è che trovandosi la per-

---

(1) V. sopra, n. 39 *bis*, I, pag. 309, 310.
(2) V. Merlin, *Questions*, v° *Légitimité*, § 8; Demolombe, t. V, n. 116, 118.

sona stessa investita del godimento, non è possibile che l'esercizio ne sia, in rappresentanza di lei, affidato ad un altro, quale è il tutore. A questa classe appartengono i *diritti dei quali l'esercizio non può essere, per la natura loro, che emanazione diretta della volontà individuale delle persone a cui appartengono;* per esempio i diritti di riconoscere un figlio naturale, di contrarre matrimonio, di testare, di esercitare gli attributi della patria podestà o della tutela ecc. Ma un simile carattere non si riscontra generalmente nelle azioni che si esercitano in giustizia, e nemmeno in questa di disconoscimento della paternità; la quale perciò può essere, al pari di tutte le altre azioni d'interesse tanto morale quanto pecuniario, promossa dal tutore come rappresentante l'interdetto.

Veggasi d'altronde quali sarebbero le conseguenze d'una diversa interpretazione che si desse alla legge. L'azione in disconoscimento rimarrebbe *in sospeso durante tutto il tempo della interdizione* del marito; e ciò sarebbe direttamente contrario allo scopo che la legge si propose allorchè stabilì brevissimi termini per l'esercizio dell'azione (articolo 166 cod. civ.); allo scopo cioè d'impedire, nell'interesse della tranquillità e dell'ordine delle famiglie, che lo stato del figlio potesse rimanere per lungo tempo incerto. Nel frattempo di questa sospensione sarebbe assicurata l'impunità alle sregolatezze della moglie, tanto più temibili per lo stato stesso del marito. E quando poi questi fosse prosciolto, forse dopo lungo tempo, dall'interdizione, le prove necessarie a somministrarsi per sostenere l'azione in disconoscimento sarebbero forse divenute irreperibili, certo almeno difficili a raccogliersi e di dubbio risultato.

A questi argomenti, che ci sembrano tanto gravi da considerarli, quanto a noi, come decisivi, se ne aggiunsero anche altri. Si disse che l'essere *trasmissibile* l'azione in disconoscimento, *dal marito agli eredi* di lui, è una delle migliori dimostrazioni che l'esercizio di essa possa farsi pure dal tutore pel marito interdetto; poichè, se il tutore

può esercitare anche molti *diritti non trasmissibili* del tutelato, come quelli *di alimenti*, di *separazione* di convivenza tra coniugi ecc. *a fortiori* deve poter esercitare quelli che gli eredi dell'interdetto potrebbero essi medesimi far valere. Sarebbe però lecito dubitare dell'esattezza di questa maniera d'argomentare, imperocchè la *trasmissibilità ereditaria* d'un diritto e l'*esercibilità* di esso per parte d'un tutore, si fondano sovra principii e considerazioni tanto differenti, da riuscir difficile il comprendere come dall'una possa trarsi induzione rispetto all'altra, e tanto più difficile l'ammettere che dall'essere esercibili dal tutore alcuni *diritti non trasmissibili* del tutelato, debba derivarne per necessità logica, che *tutti indistintamente i diritti trasmissibili* debbano anche poter essere promossi in giudizio dal tutore. Ma accettando pure come buona in massima questa dottrina, essa riuscirebbe inapplicabile alla specialità della presente questione; dappoichè l'azione di cui si chiede se possa essere esercitata dal tutore è quella, d'*ordine essenzialmente morale*, che appartiene al marito; l'azione invece che è trasmissibile agli eredi è d'*interesse meramente pecuniario*. Si è aggiunto che l'azione in disconoscimento può, anche pel marito, avere effetti importanti d'interesse pecuniario; che dunque sotto questo aspetto deve poterla esercitare il tutore, al quale è affidata la cura di tutto ciò che tende alla *conservazione del patrimonio* dell'interdetto. Ma anche a questo possono rispondere facilmente gli oppositori; che nell'azione del marito l'interesse morale è predominante, di guisa che l'esservi commisto anche qualche interesse pecuniario non potrebbe cangiare d'un punto i caratteri dell'azione stessa.

Lasciando dunque da parte questi argomenti che ci sembrano poco efficaci, veniamo a quelli che in sostegno dell'opposta opinione vengono addotti da altri (1).

---

(1) V. Zachariae, § 546 *bis*, nª 4, 2ª ediz. Bruxelles; Aubry et Rau, t. VI, § 545 *bis*, nº 6, 7; Laurent, t. III, n. 436.

L'essere *essenzialmente un diritto morale* quello di disconoscimento è, dicesi, decisivo per dover escludere che l'azione corrispondente possa essere esercitata pel marito, che sia in istato d'interdizione, dal suo tutore. Non osta il principio che il tutore rappresenta l'interdetto in tutti gli atti civili; perchè ciò si riferisce soltanto agl'*interessi pecuniarii*, la protezione dei quali costituisce appunto lo scopo essenziale della interdizione. I *diritti morali* non possono essere esercitati se non *personalmente dall'interdetto* medesimo, nei lucidi intervalli di cui egli possa godere. Ora il disconoscimento è appunto uno di questi *diritti morali*, poichè è una facoltà concessa dalla legge al marito, e di cui è in suo arbitrio l'usarne o no, secondo che gli detti coscienza, e secondo il giudizio ch'egli solo può fare, in tale questione di onore per lui, sulla convenienza d'intentare il disconoscimento o piuttosto di tollerare l'ingiuria od anche perdonarla. Perchè il tutore potesse legittimamente rappresentare l'interdetto in questa determinazione, bisognerebbe ch'egli potesse identificarsi colla persona stessa del tutelato, non solo per finzione giuridica nel rappresentarlo in un atto, ma col pensiero e colla volontà. Il figlio può sperare una potente difesa, contro il pericolo d'esser privato del suo stato legittimo, dalla coscienza e dal cuore del marito, a cui spetterebbe il disconoscerlo. La sventura di cui sia colpito il marito, che si trovi in istato d'interdizione, non deve privarlo di questa guarentigia, facendo dipendere l'impugnazione del suo stato dalle determinazioni di chi è completamente estraneo a lui, d'un tutore. D'altronde il ritenere affidato a quest'ultimo l'esercizio dell'azione può in ogni caso produrre danni irreparabili. Poichè, s'egli la promuova e riesca a far ammettere un disconoscimento non giusto, non sarà più possibile al marito, quando pure ritorni in istato di capacità, il restituire alla moglie l'onore, al figlio lo stato legittimo. Se al contrario non la intenti o non riesca a farla accogliere, pregiudicherà irrimediabilmente, — nel

primo caso per la decorrenza dei brevi termini stabiliti dalla legge, e nel secondo per gli effetti della cosa giudicata — ai diritti del marito, il quale anche prosciolto dalla interdizione, non avrebbe più mezzo per respingere il frutto dell'adulterio.

Tali sono i motivi pei quali in questo sistema si conchiude che *l'azione in disconoscimento di paternità debba rimanere in sospeso durante l'interdizione del marito, per essere esercitata da lui solo, personalmente, quando sia prosciolto dall'interdizione, od anche nel corso medesimo di essa quando si trovi in lucidi intervalli.*

Senza voler disconoscere la gravità molta di queste considerazioni, persistiamo nel riputare prevalenti quelle dapprima riferite per l'opinione contraria. Dimostrammo altrove le ragioni, per le quali ci sembra certo che il carattere essenzialmente morale dell'azione in disconoscimento di paternità spettante al marito, non possa considerarsi come sufficiente per sè a porre ostacolo all'esercizio di quell'azione, che pel marito interdetto si facesse dal tutore di lui. Partendo da questo principio, null'altro potrebbe dunque opporsi alla facoltà del tutore di promuovere l'azione in nome del tutelato, fuorchè la proibizione che ne risultasse espressamente dal testo della legge, od implicitamente ma manifestamente, dalla combinazione di altre sue disposizioni e dallo spirito che ne emerge. Se consultiamo il testo della legge, nulla vi troviamo certamente che neppur di lontano accenni all'intendimento di derogare, rispetto all'azione in disconoscimento, alle norme generali circa la rappresentanza, che è affidata al tutore per l'interdetto, in tutti gli atti civili che possono essere necessari od utili al suo interesse. Il testo ci somministra piuttosto qualche argomento contrario al concetto d'una tale derogazione. L'art. 166, nello stabilire i termini brevi e perentorii che sono concessi per intentare utilmente l'azione, prevede i casi nei quali il marito *non può agire immediatamente dopo la nascita del figlio*, sia che in quel tempo *egli*

fosse assente, o che *la nascita gli si fosse tenuta celata*. Tace affatto del caso in cui il marito, al tempo della nascita del figlio, fosse in istato d'interdizione. Eppure, se si fosse ritenuto che l'azione non potesse esercitarsi dal tutore, sarebbe stato non solo utile, ma necessario l'annoverare anche quello tra i casi in cui il marito è nella impossibilità di agire, e lo stabilire se il termine dovesse decorrere soltanto dal giorno in cui fosse rivocata l'interdizione, o da quello in cui si provasse essere il marito ritornato in istato di mente sana; poichè intorno a ciò avrebbe potuto sorgere grave dubbio. Uno infatti dei sostenitori dell'opinione che combattiamo ha prevista la difficoltà, e l'ha sciolta dicendo: “ *sembrare* che *per analogia* il termine non “ debba correre, contro il marito che non potè pel suo “ stato mentale conoscere il parto della moglie od almeno “ apprezzare questo avvenimento, se non *dal momento in* “ *cui egli abbia ricuperato le sue* facoltà intellettuali „ (1). E ciò è coerente al concetto, che l'esercizio dell'azione essendo vietato al tutore, appartenga invece al marito medesimo, *anche durante l'interdizione, nei lucidi intervalli*. Ma è facile però comprendere quanti imbarazzi creerebbe la decorrenza d'un termine che dovrebbe dipendere da un giudizio sullo stato mentale d'un interdetto, e sul grado di apprezzamento ch'egli potesse fare intorno all'avvenimento della nascita del figlio. Ad ogni modo era ben caso questo da regolare con disposizione apposita; e se ciò non si è fatto nell'art. 166, che pure regola gli altri casi d'impossibilità di agire da parte del marito, se ne ha argomento per ritenere che il legislatore, avendo considerata come esercibile l'azione dal tutore dell'interdetto, abbia inteso giustamente di parificare questo agli altri casi in cui il marito sia *presente e capace* ad agire.

Se poi dal testo ci rivolgiamo ad interrogare gl'intendimenti del legislatore, come risultano dal complesso del

---

(1) V. Zachariae, § 546 *bis*, nª 16, 2ª ed. Bruxelles.

sistema da esso adottato in proposito del disconoscimento di paternità, lo vediamo dominato da questo fine sommo, che il legislatore medesimo si è proposto; di limitare, quanto più si potesse ragionevolmente, l'esercizio di quest'azione tendente a distruggere la presunzione legale di legittimità, e specialmente d'impedire che lo stato del figlio potesse rimanere abbandonato ad una lunga incertezza. Ora la massima che vietasse al tutore di promuovere l'azione in negazione di paternità in nome del marito interdetto, mentre apparentemente tenderebbe a limitare l'esercizio di quell'azione, in sostanza poi la estenderebbe. Non sarebbe che apparente la limitazione, poichè l'affidare l'esercizio dell'azione al tutore non è quanto attribuirla ad una nuova persona, mentre il tutore è giuridicamente l'interdetto stesso. Ma ben sarebbe reale all'opposto l'estensione dell'azione, in quanto che ritenendola personalissima all'interdetto, bisognerebbe lasciarla sospesa durante l'interdizione, e quindi lasciar pesare per tanto maggior tempo sul capo del figlio l'incertezza del suo stato.

Questi argomenti, aggiunti a quelli che già sopra riferimmo, ci confermano nell'avviso che *il marito interdetto debba considerarsi come legittimamente rappresentato dal tutore nella facoltà di esercitare l'azione in disconoscimento del figlio;* di guisa che non vi sia luogo ad eccepire, per difetto di qualità nella persona, contro l'azione che il tutore promuovesse; e d'altra parte la persona dell'interdetto essendo, per così dire, completata nella sua capacità giuridica dalla rappresentanza che ha di lei il tutore, sia da parificarsi questo caso a quello del marito che abbia potuto agire personalmente, per gli effetti della decadenza che può derivare dal decorso dei termini stabiliti nell'articolo 166.

44 *bis.* Ad esaurire questo argomento, della *personalità* dell'azione in disconoscimento spettante al marito, resta ancora di rispondere ad una domanda, analoga al

quesito che ora abbiam discusso riguardo al tutore. I presunti eredi, immessi nel possesso dei beni del *marito assente*, possono promuovere l'azione in disconoscimento contro il figlio partorito dalla moglie dell'assente medesimo?

È questo pure un punto di non lieve difficoltà in questa materia irta di questioni; e vediamo infatti essersi manifestati sovr'esso avvisi diversi nella dottrina francese. Un luminare della scienza, il *Merlin*, insegnò che, *qualora il figlio sia nato dopo che il marito scomparve e cessò di dare sue notizie, il presunto erede immesso nel possesso provvisorio dei beni dell'assente, potrà impugnare la legittimità di quel figlio* (1). Dalla quale dottrina risulterebbero, implicitamente, ma necessariamente, quest'altre due massime: 1° che nella fatta ipotesi dovrebbe ritenersi, a maggior ragione, come attribuibile ai *possessori definitivi* dei beni dell'assente quello stesso diritto che apparterrebbe a coloro il cui possesso fosse soltanto temporaneo; 2° che nell'ipotesi contraria, d'un figlio cioè che fosse nato prima che cominciasse l'assenza del marito, sarebbe da ritenersi, in senso opposto, che nè ai possessori provvisori nè ai definitivi potesse spettare la facoltà d'impugnare la legittimità di quel figlio. Notiamo però fin d'ora che, in ogni caso, non *la nascita* del figlio, ma *il concepimento* che, secondo la presunzione di legge, dovesse ritenersene avvenuto prima o dopo cominciata l'assenza, dovrebbesi in questa dottrina considerare come il fatto fondamentale. È manifesto infatti che nel quesito proposto dal *Merlin* si suppone che *il fatto stesso della generazione del figlio durante l'assenza del padre costituisca l'unica causa sulla quale i possessori dei beni dell'assente fondino la loro impugnazione contro la legittimità del figlio stesso*. Ed è altrettanto evidente che, data questa ipotesi, sarebbe soltanto se il concepimento potesse dirsi avvenuto nel periodo d'assenza del marito, che se ne potrebbe trarre ragione onde escludere la paternità del

---

(1) V. Merlin, *Questions de droit*, v° *Légitimité*, § 8.

marito stesso; mentre di niun momento sarebbe, per questo scopo, l'essere nato il figlio allorchè il marito della madre era assente, se però, secondo la presunzione assoluta della legge circa la durata massima della gestazione, dovesse ritenersi che il concepimento si fosse verificato quando il marito era ancora presente. Sembra pertanto che la massima insegnata dal *Merlin* possa tradursi in quest'altra formola: che *gli eredi presunti, immessi* " *in possesso, anche* " *solo provvisorio, dei beni d'un assente, possono impugnare* " *la legittimità del figlio che dalla moglie dell'assente stesso* " *nasca trecento giorni dopo che questi scomparve e cessò di* " *dare sue notizie* ".

È chiaro però che non è questo il solo caso in cui possa presentarsi il dubbio se i possessori dei beni dell'assente abbiano facoltà d'impugnare la legittimità del figlio partorito dalla moglie dell'assente medesimo. Può darsi che il parto sia avvenuto in tal tempo da doversi ritenere che il figlio sia stato concepito quando il marito era ancora presente; ma che pure si verifichi qualcuna delle cause per le quali sarebbe concessa a lui l'*azione in negazione di paternità* secondo gli articoli 161 al 165 del cod. civ. Ed anche allora potrà tuttavia domandarsi se gl'immessi nel possesso definitivo, od anche solo provvisorio, dei beni dell'assente, avranno qualità per proporre, in nome proprio od in rappresentanza dell'assente stesso, l'azione in negazione di paternità. Sulla questione intesa nei termini generali ora indicati, qualcuno ha espressa l'opinione, che a chiunque abbia ottenuto, sia poi provvisoriamente o definitivamente, l'immissione in possesso dei beni dell'assente, debba ritenersi concesso di esercitare l'azione in disconoscimento, che all'assente medesimo competerebbe contro il figlio partorito dalla moglie di lui (1); mentre altri vorrebbe che si distinguesse, ammettendo che l'azione potesse

---

(1) V. Demante, *Cours analyt. de code civil*, t. II, n. 43 *bis*, VI; Demolombe, t. II, n. 268.

essere esercitata dagl'*immessi in possesso definitivo, ma* negandola ai *possessori provvisorii* (1).

Considerando dapprima il quesito nell'aspetto sotto il quale è presentato dal *Merlin*, sembra chiaro che, se veramente si tratti di un figlio nato dalla moglie dell'assente *dopo trecento giorni da quello in cui il marito scomparve e cessò di dare sue notizie*, non potrà più esser caso, per impugnare la legittimità del figlio stesso, di adoperarvi *l'azione in disconoscimento di paternità, sibbene* quella in *contestazione di legittimità*. Per dimostrarlo non avremo bisogno che di ripetere argomenti addotti dallo stesso *Merlin*, e riferirci ad alcuni principii fondamentali che già esponemmo trattando dell'assenza.

La sentenza dichiarativa dell'assenza ha l'autorità di cosa giudicata per tutti coloro che negli effetti di quella dichiarazione possono essere interessati. Questi effetti dipendono dalla *incertezza sulla vita o sulla morte* della persona assente; il che forma il carattere particolare e fondamentale dell'assenza, qualunque sia degli stadii in cui la legge la distingue, quello in cui essa si consideri. Questi effetti poi risalgono naturalmente fino al giorno in cui l'assente scomparve od in cui se ne ebbero le ultime notizie; perchè veramente è da quel giorno che incomincia l'incertezza sull'esistenza di lui. Perciò, dal giorno in cui consti essersi verificata *l'assenza presunta*, cioè la scomparsa della persona dall'ultimo suo domicilio o dall'ultima sua residenza, senza che se ne abbiano più notizie, *chiunque intenda reclamare un diritto dipendente dalla vita dell'assente in un dato tempo, non può esservi ammesso se non a condizione di provare che l'assente viveva ancora a quel tempo* (art. 42 cod. civ.).

Applichiamo ora questi principii al caso nostro. Un figlio è nato dalla moglie durante l'assenza del marito. Consta quindi *la filiazione materna*, e che la madre fu

(1) V. Zachariae, t. II, § 546 *bis*, nª 4, 2ª ediz. Bruxelles.

legata in matrimonio. Ma ciò non basta a porre le basi necessarie affinchè il figlio abbia in favor suo la *presunzione di stato legittimo.* Bisognerebbe che constasse eziandio; *lo stato coniugale della madre essersi verificato al tempo del concepimento del figlio.* Allora soltanto sorgerebbe in favore di lui la *presunzione legale di paternità del marito;* la quale, sino a quando non fosse impugnata coll'azione in disconoscimento, dalle persone, nei casi e colle forme che la legge ha tassativamente determinate, e coi mezzi efficaci all'uopo non fosse distrutta, produrrebbe frattanto l'attribuzione dello stato legittimo a favore del figlio. Ora la sentenza dichiarante l'assenza del marito fa prova, coll'autorità della cosa giudicata, a fronte del figlio come d'ogni altro interessato, che, dal giorno in cui il marito stesso scomparve senza dar più sue notizie, rimase assolutamente incerto s'egli vivesse tuttora o fosse morto, e se quindi il vincolo coniugale della madre esistesse ancora o fosse disciolto in quel giorno. Pel figlio che nasca dalla moglie dell'assente *trecento giorni dopo che questi scomparve e cessò di dare sue notizie,* manca dunque la prova *dello stato coniugale della madre al tempo del suo concepimento;* in difetto della quale prova è impossibile l'esistenza in favore di lui della *presunzione d'una filiazione paterna legittima.* Sarebbe erroneo l'obbiettare che, constando il matrimonio che la madre aveva contratto, debbasi ritenere ch'esso sussistesse ancora al tempo del concepimento del figlio, *se non sia provato lo scioglimento anteriore del matrimonio stesso.* Trattasi d'una *condizione* essenziale per dar vita legale alla presunzione di legittimità del figlio, qual è lo stato coniugale della madre al tempo del concepimento di lui; bisogna dunque provare positivamente e completamente questa condizione per poter invocare la presunzione che sovr'essa si fonderebbe; non si può pretendere che basti la *mancanza di prova contraria.* È allo stesso modo, che a fare annullare un matrimonio, per causa d'altro vincolo

coniugale anteriormente esistente, essendo condizione necessaria che *quel precedente matrimonio sussistesse ancora allorchè furono celebrate le nuove nozze*, non si ammette potersi *durante l'assenza* impugnare il matrimonio *contratto dal coniuge d'un assente* (art. 113 cod. civ.). Potrebbesi veramente nell'interesse del figlio somministrare la prova che il marito della madre di lui, quantunque attualmente ancora assente, avesse però continuato a vivere durante una parte dei trecento giorni anteriori alla nascita del figlio stesso. Allora, constando che, nel tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento, la madre era ancora in istato coniugale, il figlio sarebbe assistito dalla presunzione legale di paternità legittima del marito. Potrebbe darsi eziandio che l'assente ritornasse; ed allora evidentemente non sarebbe più caso che alla presunzione di stato legittimo del figlio ostasse l'incertezza dello stato coniugale della madre al tempo del concepimento di lui; epperò riprenderebbe pieno vigore la presunzione legale di paternità legittima del marito. Sì nell'una che nell'altra ipotesi, questa presunzione potrebbe, ben s'intende, essere ancora impugnata per le cause e coi mezzi tutti ammessi dalla legge, e più probabilmente nella specialità del caso, coll'allegare che il marito fosse stato, per causa del suo allontanamento, nella fisica impossibilità di coabitare colla moglie (art. 162 cod. civ.). Tuttavia non è men vero che la presunzione di stato legittimo esisterebbe in favore del figlio, e non si potrebbe combatterla altrimenti che *col mezzo dell'azione in disconoscimento di paternità*. Ma all'opposto finchè l'assenza dura e non è fatta prova alcuna che il marito vivesse ancora dopo il tempo in cui la sentenza dichiarò essere cominciata l'assenza stessa, e quando d'altronde questo tempo risale a più di trecento giorni prima della nascita del figlio, è manifesto come l'assoluta incertezza che vi è della vita dell'assente da quel giorno in poi, tolga di poter dire che *consti lo stato coniugale della madre al tempo del concepimento del figlio;* come sia

esclusa così una delle basi indispensabili per la *presunzione legale di filiazione legittima*, e conseguentemente si renda inconcepibile in tali circostanze l'esercizio dell'*azione in disconoscimento di paternità;* la quale, non potendo avere altro oggetto che *di combattere la presunzione di paternità del marito*, non può quindi essere ammissibile laddove questa presunzione, per mancanza delle condizioni essenziali a darle vita, non sussista.

Il figlio nato trecento giorni dopo che il marito della madre sua scomparve e cessò di dare sue notizie, non potendo dunque *allegare attualmente* in proprio favore *la presunzione di paternità del marito*, non potrebbe nemmeno godere i vantaggi ed esercitare i diritti appartenenti allo *stato di figlio legittimo*, nè potrebbe invero (come osserva ottimamente lo stesso signor *Merlin*) essere *iscritto come tale sui registri dello stato civile.* Tuttavia può verificarsi in fatto il contrario, può darsi che questo figlio sia dichiarato all'uffizio dello stato civile, e sia iscritto nei registri come appartenente per filiazione legittima al marito assente; può darsi, anche indipendentemente da ciò, che *egli goda il possesso dello stato* legittimo e ne eserciti realmente gli attributi. In questi casi, i possessori provvisionali o definitivi dei beni dell'assente potranno avere interesse ad impugnare lo stato del figlio, e a questo interesse non potrà mancare di corrispondere il diritto a far cessare una condizion di cose che, nelle circostanze attuali almeno, è da considerare come illegittima. Ma l'azione che a tale uopo sarà da loro esercibile, non potrà essere, per le ragioni sopra esposte, quella di *disconoscimento di paternità*, sibbene l'altra *in contestazione di legittimità.* Imperciocchè non si tratta d'impugnare la *presunzione di paternità del marito*, che nella particolarità del caso non può dirsi esistente, ma di sostenere che *il concepimento non può dirsi avvenuto durante lo stato coniugale della madre*, perchè manca la prova che il marito vivesse ancora al tempo in cui quel concepimento può ritenersi

avvenuto. Il *Merlin* stesso, nell'annunciare la questione, parla infatti di *contestazione di legittimità* che i possessori provvisori dei beni del marito assente volessero intentare contro il figlio; ed a questa idea si conforma anche la prima parte dell'articolo scritto in proposito dal celeberrimo autore. Solo nel seguito della discussione egli parla come se si trattasse d'una vera *azione in disconoscimento di paternità*, che i possessori provvisori dei beni dell'assente pretendessero di promuovere come rappresentanti legittimi dell'assente medesimo.

Se dunque è una vera *azione in contestazione di legittimità* (come ci pare ampiamente dimostrato) quella di cui si chiede se possano esercitarla contro il figlio le persone immesse in possesso dei beni del marito assente, la risposta non può esser difficile. L'azione in contestazione di legittimità compete, già lo abbiam visto, *a tutte le persone che possano avervi interesse pecuniario od anche solo morale* (arg. art. 169 codice civile). Ora non può dubitarsi che le persone immesse in possesso dei beni dell'assente sono da comprendersi fra quelle aventi un interesse legittimo nell'esercizio di tale azione. Possono avervi un *interesse morale*, come appartenenti per parentela legittima alla famiglia. Quand' anche poi fossero estranei che, come *eredi testamentari* dell'assente, fossero stati immessi in possesso, vi avrebbero ad ogni modo un *interesse pecuniario*, consistente nel difendere i beni dalle usurpazioni o turbative di possesso che fosser loro arrecate da parte del figlio. Solo è da avvertire che per questi ultimi sarebbe appunto indispensabile questo speciale impulso d'interesse pecuniario per legittimare da parte loro l'esercizio dell'azione; ond'è che non potrebbero intentarla qualora avessero essi il possesso di fatto dei beni lasciati dall'assente, e non ne fossero turbati in verun modo dal figlio; mentre all'opposto i parenti legittimi, fossero o no immessi nel possesso dei beni dell'assente, avrebber sempre nel loro *interesse morale* un fondamento giuridico suffi-

ciente per l'azione che volessero promuovere. Ancora è da fare un'altra osservazione importante; la quale del resto scaturisce spontaneamente dalle cose sopra dette, senza bisogno d'altre speciali dimostrazioni. Nell'ipotesi di cui finora trattammo, l'azione che s'intenterebbe dagl'immessi in possesso dei beni dell'assente sarebbe diretta unicamente a far dichiarare che, per l'assenza del marito al tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento del figlio, non regge in favor di quest'ultimo la presunzione di filiazione legittima, non constando lo stato coniugale della madre al tempo di quel concepimento. Pertanto entro questi limiti stessi dovrebbero naturalmente restringersi gli effetti della sentenza con cui quell'azione venisse ammessa. Se però il marito assente ritornasse, o se si riescisse a poter provare ch'egli viveva ancora entro i trecento giorni precedenti a quello della nascita del figlio, rimarrebbe distrutto il fondamento di quel giudicato; e potendo il figlio allegare ormai in proprio favore la presunzione legale di paternità del marito, potrebbe agire in conseguenza senza che gli fosse opponibile l'autorità della cosa giudicata; perocchè *sarebbe diversa la causa della domanda.* Ben però diverrebbe esercibile a sua volta contro di lui *l'azione in disconoscimento di paternità*, fondata sull'impossibilità fisica in cui il marito trovavasi nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio, di coabitare colla moglie per causa del suo allontanamento, ovvero sopra qualunque altra delle cause che la legge ammette come giustificanti la negazione di paternità; e gli si potrebbe anche opporre questo mezzo come *eccezione* contro la fatta domanda. Ma questa non potrebb'essere respinta sul solo fondamento della cosa giudicata in circostanza della *contestazione di legittimità*, che sarebbe stata intentata quando era incerto se il marito fosse ancora vivente nel periodo di tempo in cui poteva ritenersi avvenuto il concepimento del figlio.

Consideriamo ora la quistione sotto l'altro aspetto; in

cui si tratti veramente dell'*azione in negazione di paternità* che spetterebbe al marito, e si chieda se possano esercitarla in rappresentanza di lui, od anche in nome proprio come suoi successori, coloro che siano stati immessi nel possesso dei beni del marito assente. Ricordiamo dapprima che il bisogno di rispondere a questa domanda può presentarsi in due distinte circostanze: quando la moglie dell'assente abbia bensì partorito un figlio durante l'assenza del marito, ma *prima che fossero trascorsi trecento giorni dalla scomparsa o dalle ultime notizie dell'assente* medesimo; e quando siano bensì trascorsi al momento del parto i trecento giorni da quello in cui cominciò l'assenza, secondo la sentenza dichiarativa di essa, ma sia provato che, dopo la scomparsa o le ultime notizie che allora si erano avute dell'assente, egli visse ancora durante una parte di quel periodo dei trecento giorni anteriori alla nascita del figlio. In amendue i casi consta che lo stato coniugale della madre durava ancora nel tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento del figlio: il quale perciò ha in proprio favore *la presunzione di stato legittimo*, che non può essere combattuta e distrutta fuorchè col mezzo dell'*azione in disconoscimento di paternità*. Quale sarà dunque, fra le diverse opinioni professate dagli autori, quella che dovrassi in tali casi adottare? Riterremo cogli uni che gl'immessi nel possesso, tanto provvisorio quanto definitivo, dei beni dell'assente possano esercitare quell'azione come rappresentanti legittimi e successori di lui? Ovvero accetteremo la distinzione suggerita dagli altri, accordando la facoltà di esercitar quell'azione ai possessori definitivi e negandola ai provvisori? Ci pare necessario cominciare da un'altra e ben diversa distinzione. Si tratta d'intentare il disconoscimento come *azione d'interesse morale*, senza che il figlio abbia il possesso dei beni dell'assente, nè abbia turbati in nessun modo coloro che come presunti eredi furono immessi legalmente in possesso dei beni medesimi? È chiaro al-

lora che quella facoltà non può competere nè ai possessori provvisionali nè ai definitivi. Agirebbero essi in nome proprio e per l'interesse morale che avessero come parenti legittimi? Ma sappiamo che le disposizioni di legge, da cui sono determinate le persone che possono esercitare l'azione in disconoscimento, hanno carattere *tassativo;* e che essendo essa conceduta soltanto al marito, per quanto concerne i rapporti d'interesse morale, i parenti, per quanto vi siano essi pure moralmente interessati, non potrebbero mai, per questa sola qualità loro, intentare legittimamente l'azione. Addurrebbero invece la qualità di *presunti eredi* del marito? Ma ciò non potrebbe giovar loro in nessun modo, poichè l'azione non è attribuita agli eredi fuorchè nei rapporti puramente pecuniari, mentre nell'ordine morale appartiene esclusivamente al marito. Agirebbero infine, *in nome del marito* stesso, perchè essendo posti, in qualità di presunti eredi, nel possesso dei di lui beni, hanno dalla legge il mandato di rappresentarlo e di esercitare per lui tutte le azioni che possono appartenergli? Ma la rappresentanza dell'assente attribuita dalla legge ai possessori provvisori dei di lui beni, è ristretta unicamente a ciò che concerne *la conservazione ed amministrazione del patrimonio* dell'assente medesimo, poichè tale soltanto è lo scopo dell'immissione in possesso a favore dei presunti eredi.

È dunque evidente che sotto questo aspetto in nessun modo può ritenersi appartenente agl'immessi in possesso, sia provvisorio sia definitivo, dei beni dell'assente, la facoltà di promuovere l'azione in negazione di paternità.

Si tratta invece di esercitare quest'azione sul fondamento del semplice *interesse pecuniario*, giustificato dal fatto stesso del figlio che siasi posto egli medesimo in possesso dei beni lasciati dall'assente od abbia turbato il possesso dei presunti eredi? Ed allora crediamo che tutti i possessori, siano poi provvisori o definitivi, abbiano qualità per agire, allo scopo di difendersi dalle turbative del

figlio. Di coloro che abbiano ottenuta l'ammissione definitiva in possesso, non se ne può muover dubbio ragionevole; perocchè essi sono parificati completamente ai veri eredi, salva soltanto la *risolubilità*, che in dati eventi può verificarsi, dei loro diritti, e possono generalmente esercitare tutte quelle ragioni ed azioni stesse, che avrebbero luogo in loro favore se, essendo provata la morte del loro autore, ne fosse aperta definitivamente la successione. Essi potranno dunque anche, non altrimenti che se fosse veramente aperta la successione del marito assente, promuovere l'azione in negazione di paternità, che la legge fa passare dopo la morte di lui agli eredi. Ma quand'anche si tratti di semplice *immissione nel possesso temporaneo* dei beni dell'assente, sembra, come accennammo, che non debba esser diversa la decisione rispetto all'esercibilità dell'*azione pecuniaria* da parte dei possessori. Sappiamo infatti che, nonostante la temporaneità della loro immissione, essi esercitano, sebbene *provvisoriamente* soltanto, sul patrimonio dell' assente quelle stesse ragioni che sarebbero aperte definitivamente in loro favore se la morte dell'assente medesimo fosse comprovata. E fra queste ragioni essendovi indubbiamente anche l'azione in negazione della paternità del marito, in quanto essa si fonda sull'interesse pecuniario dell'eredità, non apparisce motivo ragionevole di escluderla dalle facoltà dei possessori provvisionali. Nè, in verità, si saprebbe come spiegarsi che costoro non potessero difendere il proprio diritto di possesso sui beni del marito assente, contro gl'ingiusti attacchi che subissero da parte del figlio, impugnando e distruggendo la presunzione di filiazione legittima a cui egli si appoggiasse. Certamente qualche difficoltà non lieve si può poi incontrare, circa gli effetti che debbansi attribuire alla sentenza che sia proferita sull'istanza dei possessori provvisori, nel caso che l'assente ritorni. Ma queste difficoltà si possono pure risolvere senza doversi indurre a contraddire alla massima di ragione ora detta,

come dimostreremo trattando degli effetti delle sentenze che pronuncino sulle azioni in disconoscimento di paternità.

45. *Non è esclusivamente personale agli eredi del marito l'azione in negazione di paternità, che dopo la morte di lui è ad essi attribuita.*

Di questa massima che deriva, come necessaria conseguenza, dal principio che l'azione *degli eredi ha carattere puramente pecuniario*, abbiamo già accennate alcune principali applicazioni. Così abbiamo veduto che, se un erede del marito fosse minore od interdetto, il tutore, che lo rappresenterebbe legittimamente in tutti gli atti civili, potrebbe fuor di dubbio esercitare in nome di lui anche quest'azione tendente ad impugnare la legittimità di stato del figlio dell'autore suo. Nè potrebbe ciò dare motivo a quelle obbiezioni che si fanno contro l'applicazione di una simile massima all'*azione personale del marito;* poichè tali obbiezioni si fondano tutte sul *carattere essenzialmente morale* dell'azione in negazione di paternità considerata come appartenente al marito, mentre qui non trattasi d'altro che d'un *diritto patrimoniale*, di cui non potrebbesi, senza incongruenza e senza opporsi direttamente allo scopo della tutela, negare l'esercibilità al tutore in nome e nell'interesse dell'amministrato. Abbiamo pure veduto — sempre per la stessa ragione del carattere *puramente pecuniario* dell'azione degli eredi, la quale perciò dev'essere necessariamente soggetta ai principii comuni dai quali sono regolati i *diritti patrimoniali* — che, come aventi causa dagli eredi, potrebbero anche esercitarla i loro creditori, giovandosi della facoltà riconosciuta in loro favore dall'articolo 1234 cod. civile.

In forza ancora delle stesse considerazioni, ci sembra altrettanto incontestabile che, *se fosse assente l'erede del marito*, coloro che avessero ottenuta l'immissione nel possesso de' beni di lui, fosse poi questo possesso *temporaneo* o *definitivo*, potrebbero esercitare l'azione che all'assente

apparterrebbe. Lo potrebbero per quelle stesse ragioni per le quali ci parve dimostrato nel numero precedente che i possessori, tanto provvisionali quanto definitivi, dei beni del marito stesso assente, avrebbero facoltà di promuovere l'azione in negazione della paternità del marito, contro il figlio partorito dalla moglie, *qualora l'azione si fondasse sull'interesse pecuniario, ed assumesse carattere di difesa contro le pretensioni del figlio* che prendesse il possesso dei beni lasciati dall'assente, o turbasse coloro che ne avessero ottenuto l'immissione. L'applicabilità di quelle stesse considerazioni non può infatti essere contraddetta rispetto all'ipotesi che ora facciamo: poichè l'azione spettante all'erede del marito ha sempre per sua base un interesse pecuniario, costituisce necessariamente un *diritto patrimoniale*, e non è esercibile fuorchè appunto *come mezzo di difesa contro le usurpazioni o le turbative del figlio* (articolo 167 cod. civile).

46. *L'azione in negazione di paternità è sempre suscettibile di rinunzia, tanto considerandola come appartenente al marito, quanto agli eredi.*

Riferendoci alla dimostrazione già data di questo principio (1), non ci resta qui che di fare qualche brevissima osservazione intorno all'estensione maggiore o minore che gli si debba dare nell'applicarlo. Al quale proposito sono naturalmente diverse le norme da adottarsi, secondo che si consideri l'azione del marito o quella degli eredi di lui.

La rinunzia del marito *fa stato per tutti*, oblitera definitivamente ed irrepugnabilmente l'azione in disconoscimento, assicura, in modo oramai incontrastabile per chiunque, lo stato legittimo del figlio. Ciò non abbisogna di molte spiegazioni. L'azione in negazione di paternità del marito appartiene personalmente ed esclusivamente a lui durante la sua vita, e dopo la morte del marito non

---

(1) V. sopra, n. 39, pag. 316-321.

può essere esercibile da altri che dagli eredi di lui; ai quali passa *come diritto patrimoniale*, quando possa considerarsi come *facente parte della eredità*, perchè il marito non se ne sia spogliato, nè per alcuna causa determinata dalla legge ne abbia incorsa la decadenza. Se dunque il marito, come può fare validamente, abbia rinunziato all'azione che gli competeva; come egli stesso non potrebbe, venendo contro il fatto proprio, esercitare tuttavia quell'azione, così non vi ha neppure alcun altro che possa pretendere di subentrare o sostituirsi a lui in quell'esercizio.

Ma la cosa corre ben diversamente allorchè si consideri *l'azione attribuita agli eredi del marito*. Ciascun d'essi avendo, come fra poco vedremo, un diritto proprio *individuale, distinto da quello degli altri suoi coeredi*, per agire in disconoscimento del figlio nato dalla moglie dell'autor loro, è chiaro che la rinunzia ch'egli faccia, mentre avrà pieno ed irrevocabile effetto per lui, spogliandolo del diritto di disconoscimento di cui godeva individualmente, non potrà invece produrre effetto di sorta alcuna per gli altri coeredi; i quali conserveranno intatta la loro azione.

Abbiamo altrove accennata l'opinione professata da taluno, che quando si potesse provare che la rinunzia fosse stata fatta *con frode*, in danno della famiglia del marito, tutti coloro che a questa famiglia legittimamente appartenessero, potrebbero *denunziare la frode* ed ottenere sentenza che riparasse il danno in cui si sarebbe tentato di farli incorrere. E questa dottrina si vorrebbe applicare, sia in favore dei parenti che ricorressero contro la rinunzia fraudolenta fatta dagli eredi testamentari del marito, sia a vantaggio dei parenti più lontani che reclamassero contro i più prossimi; i quali, chiamati alla successione legittima, avessero così tradito l'interesse della famiglia (1). Ma abbiamo pur visto come questa teoria non sembri sotto nessun rapporto accettabile; poichè, da una parte, sarebbe

(1) V. Demolombe, t. V, n. 132, 133.

difficile riscontrare i veri elementi di una *frode*, che potesse dare fondamento legittimo a provvedimenti giudiziali per ripararvi, nella deliberazione di una persona di usare o non usare d'una facoltà il cui esercizio le è lasciato completamente libero dalla legge; e d'altra parte non saprebbesi a quale risultato pratico fosse per riuscire la sentenza invocata, mentre nè potrebbe esser costretto all'esercizio dell'azione colui al quale la legge ne lascia la facoltà, nè potrebb'essere autorizzato ad esercitarla in luogo di lui il reclamante, non essendo ammissibile che per virtù di pronunciato dell'autorità giudiziaria sia lecito attribuire ad altri l'esercizio d'una azione che dalla legge è riservata a favore esclusivo di certe persone ch'essa ha *tassativamente* designate.

47. Abbiamo già dimostrato che l'azione attribuita agli eredi del marito è quella stessa che apparteneva prima a lui e che passa ai suoi successori universali come parte integrante dell'eredità, alla quale è divenuta naturalmente inerente pel fatto stesso dell'aprirsi della successione; che quindi l'azione degli eredi è, in generale e sott'ogni rapporto, perfettamente identica a quella del marito, salvo solo le differenze relative al carattere dell'azione, che presso il marito è *morale*, presso gli eredi è *pecuniaria*, ed alla diversa decorrenza dei termini utili per esercitare l'azione stessa. Da ciò segue, e questo pure accennammo, che anche rispetto alle cause che possono far luogo al disconoscimento valgono regole identiche tanto rispetto al marito quanto agli eredi di lui; talchè non può dubitarsi che se il figlio fosse stato *concepito prima del matrimonio*, basterebbe anche per gli eredi *la semplice negazione di paternità*, senza bisogno di provare fatti tendenti ad escludere la paternità stessa (arg. art. 161 codice civile); e se invece si trattasse d'un figlio concepito *durante il matrimonio*, gli eredi potrebbero addurre, come cause di negazione della paternità del marito, tanto l'*impossibilità fisica*

di coabitazione in cui i coniugi si fossero trovati nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio (art. 162 cod. civ.), quanto la *separazione legale* in cui i coniugi fossero vissuti nello stesso periodo di tempo (art. 163 cod. civ.), quanto la *impotenza manifesta* in cui il marito si fosse trovato (art. 164 codice civile) quanto infine l'*adulterio* di cui la moglie si fosse resa colpevole, col concorso della circostanza che al marito fosse stata *celata la nascita del figlio* (art. 165 cod. civ.).

Veramente, rispetto a quest'ultimo punto, si manifestò nella dottrina francese qualche opinione contraria. Il *Locré* ed il *Proudhon*, appoggiandosi al principio che " non si può procedere per adulterio senza querela del marito contro la moglie... „ (art. 336 cod. pen. Fr. = 356 codice pen. It.) riputavano essere necessario che " *la questione d'adulterio fosse già stata decisa in seguito a querela del marito*, affinchè, in base della sentenza proferita contro la moglie durante la vita di amendue i coniugi, gli eredi del marito fossero ricevibili nell'azione che promuovessero in disconoscimento di paternità contro il figlio „ (1). Ma questa opinione, contraddetta dallo stesso annotatore del *Proudhon* (2), fu respinta da tutti gli altri autori (3); per la considerazione che non trattavasi per gli eredi di esercitare *contro la moglie* del loro autore un'*azione avente per oggetto diretto e principale il fatto dell'adulterio* e le conseguenze giuridiche che potessero derivarne, ma solo di *provare incidentalmente quel fatto*, per formarne appoggio ad un'*azione intentata contro il figlio*, ed avente un oggetto al tutto diverso, qual è il disconoscimento del figlio stesso. Del buon fondamento di quest'ultima massima tanto meno può

---

(1) V. Locré, art. 313; Proudhon, t. II, ch. I, sect. I, § 4, n. 1.

(2) V. Valette sur Proudhon, l. c., pag. 56, n^a (*a*).

(3) V. Toullier, t. II, n. 841; Duranton, t. III, n. 73; Zachariae, t. II, § 546 *bis*, pag. 268, n^a 8, 2^a ediz. Bruxelles; Marcadé, art. 317, § I, t. II, n. 19; Demolombe, t. V, n. 121; Aubry et Rau, t. VI, § 545 *bis*, n^a 13, 4^a ediz.; Laurent, t. III, n. 441.

dubitarsi per noi; poichè, essendosi espressamente dichiarato nell'art. 165 del nostro codice che l'adulterio della moglie può *essere provato anche nel giudizio stesso in cui si propone il disconoscimento di paternità*, mentre si è tolto così il dubbio, a cui lasciava luogo la legge francese, che potesse essere necessaria una *preventiva dichiarazione giudiziale dell'adulterio*, si è allontanata assolutamente qualunque idea di relazione che possa esistere tra il giudizio penale pel reato di adulterio, e il giudizio civile di disconoscimento del figlio per causa dell'adulterio stesso della moglie; ond'è evidente che rispetto a quest'ultimo giudizio non possono avere applicabilità le regole speciali relative al giudizio penale.

48. Dal principio che il diritto di disconoscere il figlio, attribuito dalla legge agli eredi del marito, non è altro che un *diritto ereditario*, ch'essi trovano nella successione e che acquistano col devolversi di essa in loro favore, conseguita che quel diritto debba considerarsi come *spettante individualmente e divisamente a ciascuno degli eredi stessi.*

I diritti ereditari appartengono appunto individualmente e divisamente ad ogni erede per la quota rispettiva, in proporzione della quale soltanto egli è investito delle attività del patrimonio lasciato dal defunto, come deve contribuirne alle passività (arg. art. 1027, 1204 cod. civ.). Vero è che il diritto di disconoscere il figlio è tale per sua essenza da non potersi concepire come *capace di divisione.* Ma non si dice già che a quel diritto sia applicabile la divisibilità per riguardo agli eredi, ciascuno dei quali non possa esercitarlo che per una parte proporzionata alla propria quota ereditaria; il che sarebbe mostruosamente assurdo. Si dice bensì che il diritto di disconoscimento *è esercibile da ciascuno degli eredi per difendere i diritti che gli appartengono sulla propria quota ereditaria*, indipendentemente dagli altri, e non diversamente che se vi fosse un solo erede, o

essendovene più, tutti concorressero nell'esercizio di quell'azione. Ora ciò, ben lungi d'essere in alcun modo contro ragione, è anzi perfettamente conforme al carattere che è proprio dell'azione appartenente agli eredi, al carattere cioè di *mezzo di difesa contro le usurpazioni o turbative di possesso* che siano commesse in loro danno dal figlio; chiaro essendo che ogni erede, avendo in proprio, e distintamente dai coeredi, i diritti ereditari corrispondenti alla quota per la quale succede, deve avere pure disponibili divisamente e liberamente i mezzi necessari per difendere quei suoi diritti contro le infondate pretensioni altrui.

Da questo principio fondamentale deriva poi naturalmente che gli atti ed i fatti d'uno degli eredi del marito non possono mai nè giovare nè nuocere ai coeredi, per quanto concerne l'azione in disconoscimento del figlio. Così è certo che *la rinunzia* che uno dei coeredi ne avesse fatta, o la decadenza in cui fosse incorso per lo spirare dei termini perentorii prefissi all'esercizio dell'azione, non sarebbero opponibili ad altro coerede (1). E vedremo parimente come la stessa massima debba poi avere conseguenze importanti anche per ciò che risguarda gli effetti della sentenza, che sull'istanza d'uno degli eredi fosse stata pronunziata intorno al disconoscimento, a fronte degli altri coeredi. Solo è da fare un'avvertenza giustamente suggerita dai citati autori; che cioè le cause per le quali uno degli eredi sia dichiarato non ricevibile nell'azione di disconoscimento, potranno *migliorare in fatto la posizione del figlio*, sebbene in diritto non la cangino a fronte degli altri coeredi che, non essendo tocchi personalmente da quelle cause d'irricevibilità, volessero per conto proprio impugnare lo stato del figlio stesso.

49. *L'azione in negazione di paternità dev'essere proposta contro il figlio.* Questo principio, che è di ragion natu-

(1) V. Duranton, t. III, n. 71; Zachariae, t. II, § 546 *bis*, n° 9, 2ª ediz. Bruxelles; Demolombe, t. V, n. 136; Aubry et Rau, t. VI, § 545 *bis*, n° 15, 4ª ed.

rale, trovasi anche dichiarato testualmente nell'art. 168. E bastava l'aver detto ciò, pei casi più comuni a verificarsi sui quali si limita generalmente a statuire la legge; poichè d'ordinario, pei brevissimi termini che sono prescritti all'esercizio dell'azione in disconoscimento, è appunto contro il figlio personalmente che questo esercizio si effettua. Ma pure può anche avvenire diversamente. Il marito, per esempio, era assente al tempo della nascita del figlio, o questa gli fu tenuta occulta per frode; e trascorso un tempo assai lungo prima che l'assenza cessasse o la frode fosse scoperta, il figlio è premorto, lasciando figli; allorchè si vorrebbe dal marito esercitare l'azione in disconoscimento. Lo potrà egli *contro i figli del figlio?* Ovvero, essendo morto il marito senza aver promossa l'azione, ma prima che fosse decorso il termine utile, ed essendo poi morto anche il figlio, sono gli eredi di questo che turbano quelli del marito nel possesso dei beni di lui. Potranno gli eredi del marito, a sostegno della difesa che è loro necessaria, far valere il disconoscimento del figlio *contro gli eredi di lui?* A primo aspetto si potrebbe propendere per la risposta negativa; atteso al carattere restrittivo delle disposizioni che la legge fa circa quest'azione tendente a distruggere una importante presunzione legale, ed all'essere dichiarato che l'azione debba essere proposta, *contro il figlio se maggiore, o contro un curatore che gli dev'essere nominato, se sia minore di età.* Potrebbesi anche aggiungere che con una massima contraria, la quale permettesse l'esercizio dell'azione anche *contro i discendenti o gli eredi* del figlio, darebbesi in realtà una troppo grande estensione al disconoscimento, che, per gli stessi gravissimi interessi pei quali fu stabilita la presunzione di paternità legittima del marito, doveva all'opposto tenersi limitato entro i più stretti confini. Al primo argomento però risponde un'osservazione molto ovvia. La disposizione dell'art. 168 non ebbe già per iscopo di dichiarare tassativamente contro chi potesse promuoversi l'azione in disconoscimento; ma di stabilire come

dovesse integrarsi il giudizio, quanto alla parte convenuta, sia provvedendo a far rappresentare il figlio che fosse in istato di incapacità, sia facendovi intervenire la madre. Non è quindi caso di applicare il principio della stretta interpretazione da darsi alle disposizioni di legge concernenti l'azione in disconoscimento, ritenendo ch'essa non possa essere esercitata fuorchè *contro il figlio*. Che se d'altra parte questi è il solo di cui il detto articolo 168 si occupi in modo espresso, ciò è unicamente perchè la legge statuisce, qui come sempre, *de eo quod plerumque fit*. Quanto all'altra considerazione, che ammettendo l'azione anche contro gli eredi od i figli del figlio, si estenda di troppo l'esercizio di essa; è chiaro che non ne costituisce in realtà una temibile estensione il permetterne l'esercizio contro chi, in mancanza del figlio, lo rappresenta legittimamente; e che poi, in qualunque modo, i termini brevissimi che la legge assegna all'esercizio dell'azione, costituiscono una guarentigia più che bastante. D'altronde, come potrebbe ammettersi che la premorienza del figlio togliesse al marito, che fosse ancora in tempo utile, di poter esercitare l'azione contro il discendente, mentre il possesso di fatto o di diritto che questi avesse dello stato legittimo lascierebbe esposto il marito agli stessi danni sì *morali* che *pecuniari*, e farebbe luogo in favore del discendente predetto ai medesimi diritti di alimenti e di successione? Come potrebbero esser privati gli eredi del marito del diritto di difendersi, con questo mezzo necessario del disconoscimento, dalle turbative che sui beni ereditari del marito stesso fossero loro arrecate dagli eredi del figlio?

L'azione in disconoscimento è dunque ammissibile, in favore del marito o degli eredi di lui, tanto contro il figlio personalmente, quanto, secondo i casi, contro i figli od altri eredi del figlio.

Resterebbe ora di dimostrare come provveda la legge alla rappresentanza del figlio che sia minore od interdetto; e per quali motivi e per quali effetti sia prescritto che nel giudizio

debba esser chiamata la madre. Ma di questi speciali argomenti ci occuperemo in sede più appropriata, trattando delle forme del giudizio di disconoscimento.

B) *Dei termini entro i quali l'azione in disconoscimento di paternità dev'essere promossa.*

Sommario. — 50. Considerazioni e principii generali intorno ai termini per esercitare l'azione in disconoscimento. — 50 *bis*, I. Se il decorso dei predetti termini costituisca una *prescrizione estintiva* dell'azione. Caratteri fondamentali per cui si distinguono, in generale, dalla prescrizione i semplici termini il cui decorso reca decadenza da certi diritti od azioni. — 50 *bis*, II. Continuazione dello stesso argomento. — 50 *bis*, III. Differenze intercedenti tra i diversi termini stabiliti dagli articoli 166 e 167 del codice civile. — 51. Del caso in cui il marito sia stato presente nel luogo della nascita del figlio, al tempo in cui essa avvenne. — 52. Del caso che al tempo della nascita del figlio il marito fosse assente. — 53. Del caso che la nascita del figlio sia stata occultata con frode al marito. — 54. A chi spetti l'onere della prova circa la decorrenza dei termini eccezionalmente concessi al marito pei casi di assenza di lui o di occultazione fraudolenta della nascita del figlio. — 55. Principii generali risguardanti la decorrenza del termine prefisso agli eredi del marito per impugnare la legittimità del figlio. — 55 *bis*, I. Il predetto termine non può essere protratto per nessuna causa; nè sono invocabili per analogia le disposizioni degli ultimi due alinea dell'articolo 166. — 55 *bis*, II. Concetti a cui si è conformato il legislatore nello stabilire il punto di decorrenza del termine conceduto agli eredi del marito per impugnare la legittimità del figlio. — 55 *bis*, III. In qual senso, nell'articolo 167, sia parlato dell'*essere entrato il figlio nel possesso dei beni del marito defunto*. — 55 *bis*, IV. Caratteri delle *turbative di possesso*, che, commesse dal figlio contro gli eredi del marito, fanno luogo alla decorrenza del termine a questi ultimi conceduto per impugnare la legittimità del figlio stesso. — 56. Se il marito e gli eredi possano mai agire anche prima che comincino a decorrere i termini stabiliti per l'esercizio dell'azione. — 56 *bis*, I. Se sia ricevibile l'azione in disconoscimento che venga proposta dal marito prima della nascita del figlio. — 56 *bis*, II. Se il marito, non presente al tempo e nel luogo della nascita del figlio, possa proporne il disconoscimento anche prima del proprio ritorno. — 56 *bis*, III. Se gli eredi del marito, prima ancora d'essere stati turbati nel possesso dei beni ereditari del figlio, possano promuovere contro di lui l'azione in disconoscimento. — 57. I termini prefissi tanto al marito quanto agli eredi non potrebbero mai essere prorogati col mezzo di atti estragiudiziali.

50. Parlando della prescrittibilità dell'azione in negazione di paternità, abbiamo accennato come la legge abbia prefissi all'esercizio di quell'azione termini brevissimi, che sono stabiliti negli articoli 166 e 167 del codice

civile. Le ragioni che indussero a ciò il legislatore sono evidenti. Trattandosi d'uno stato personale a cui si attengono così gravi interessi morali e pecuniari, e del quale il figlio è in possesso coll'appoggio d'una presunzione legale che forma base dello stato di famiglia e che è quindi anche d'ordine pubblico, non sarebbesi potuto, senza enormi inconvenienti, permettere che rimanesse lungamente incerta l'impugnazione che di quella presunzione legale e dello stato da essa dipendente potesse intentarsi. D'altra parte, quanto più si allontana dal tempo della nascita del figlio quello in cui s'intenti contro di lui l'azione, tanto più si accrescono le tenebrosità nei fatti, le difficoltà delle prove, le incertezze nei risultamenti di esse. In fine poi se il marito, conoscendo l'esistenza di uno che la società e la legge chiamano suo figlio, non cede al sentimento naturale che, se lo credesse a sè estraneo, dovrebbe spingerlo ad espellere immediatamente colui dalla famiglia, è ragionevole il supposto che il marito stesso riconosca di non avere motivi sufficienti per rifiutare quel figlio, od almeno voglia perdonare l'offesa, e in ogni caso intenda di rinunziare all'azione che gli competerebbe. Altrettanto non potrebbe dirsi veramente rispetto agli eredi del marito. Il loro interesse non è che pecuniario, e l'azione in disconoscimento contro il figlio non è per essi che un mezzo di difesa contro le usurpazioni o le turbative ch'egli commetta sui beni ereditari. Non sarebbevi quindi, in riguardo a loro, ragione sufficiente per presumere che il non avere agito tosto, dopo che pel contegno del figlio ne ebbero interesse e diritto, equivalesse ad una rinunzia alla loro difesa contro le pretensioni del figlio stesso; come non sarebbe fondata una tale presunzione nel caso ch' essi avessero ritardato a far valere le ragioni che potessero loro competere a fronte di chi, per qualunque altro pretesto, avesse usurpato o turbato il possesso dei beni ereditari. Mancherebbe dunque in questo rapporto, in cui l'azione di negazione di pater-

nità è considerata come un diritto puramente patrimoniale, la ragione per sostituire alla prescrizione ordinaria, che sta pei diritti di tale natura, quel decorso brevissimo di tempo che è invece giustificabile pienamente allorchè si tratta dell'*azione d'interesse morale spettante al marito*. Se non che soccorrono poi, a dimostrare giusta anche per questo caso l'applicazione di un breve termine, le considerazioni dapprima accennate; che cioè importava altamente di non lasciare lungamente esposto agli attacchi lo stato del figlio appoggiato alla presunzione legale di paternità legittima, e che d'altronde il ritardo avrebbe reso incerto e pericoloso il giudizio.

Vedremo fra breve che queste osservazioni circa i motivi, in parte differenti, che giustificano l'applicazione di brevi termini all'esercizio dell'azione in disconoscimento, secondo ch'esso si faccia dal marito o dagli eredi di lui, non mancano di qualche influenza sopra argomenti d'importante interesse pratico.

Dalle predette osservazioni risulta eziandio la *perentorietà* dei termini che la legge prefigge, tanto al marito quanto agli eredi, per l'esercizio dell'azione in disconoscimento; poichè, se non avessero la qualità di *perentori*, quei termini non servirebbero più al loro scopo, di evitare una lunga incertezza sullo stato di chi ha in proprio favore la presunzione legale della filiazione paterna legittima, e di ovviare le difficoltà, i pericoli, le incertezze di un giudizio che avvenisse molto tempo dopo i fatti che vi debbono essere discussi. Inoltre, che il compimento di que' termini tragga seco la *decadenza* dall'azione che entro essi non sia stata promossa, risulta anche dal testo medesimo della legge; poichè quanto al marito essa dice che " in tutti i casi nei quali il marito è autorizzato a " fare richiamo *deve proporre giudizialmente la sua do-* " *manda nei seguenti termini;* ecc. ". E quanto agli eredi soggiunge ch'essi " *avranno due mesi per impugnare la* " *legittimità del figlio* ". Questa forma di espressioni mette

abbastanza in chiaro come, negli intendimenti del legislatore, l'agire entro i termini da esso prefissi formi una *condizione per l'esercizio dell'azione* stessa. E sappiamo d'altronde doversi considerare *di rigore* qualunque condizione che la legge stabilisca in questa materia; nella quale trattasi di oppugnare una presunzione creata dalla legge stessa per motivi importantissimi d'ordine pubblico (1).

50 *bis*, I. Considerati i predetti termini sotto questo aspetto, cioè come costituenti *condizione per poter legalmente esercitare l'azione in disconoscimento*, si può dedurne che il decorso di quel tempo dalla legge stabilito non abbia a riguardarsi come una *vera prescrizione*, ma come semplice *termine di decadenza* dal benefizio dell'azione concessa dalla legge sotto tale condizione (2). I caratteri stessi fondamentali, che distinguono le *prescrizioni* vere dai *semplici termini*, servono infatti a dimostrare con evidenza che a questi, non a quelle, deve ascriversi il decorso del tempo pel quale cessa l'esercibilità dell'azione in disconoscimento.

La prescrizione, come mezzo di acquisto della proprietà o di altri diritti sulle cose, o di liberazione dalle obbligazioni, ha per fine la sicurezza dei diritti delle persone, la guarentigia della tranquillità delle famiglie contro i pericoli di azioni che, esercitate dopo lungo tempo da quando esse sarebbersi aperte, turberebbero gravemente gli interessi e l'ordine delle famiglie stesse. D'altra parte, sopraggiungendo l'esercizio di queste azioni allorchè, in forza appunto del lungo tempo trascorso, potrebbero essere perduti i mezzi di prova per dimostrare,

---

(1) In questo senso pronunziò il Tribunale di Cagliari, con sentenza del 20 ottobre 1881, relativamente al termine stabilito dall'articolo 167 cod. civ. (*Diritto*, 1882, 56).

(2) V. sentenza 29 maggio 1871 della Corte d'appello di Bologna (*Giur. It.*, XXIII, II, 408).

da parte del convenuto, l'esistenza di un diritto proprio opposto e prevalente a quello invocato dall'attore, o l'estinzione, che legittimamente fosse avvenuta, di quell'obbligazione di cui gli si chiede l'adempimento, correrebbesi il rischio di veder sopraffatto il diritto vero da un apparente diritto altrui, o fatto rivivere iniquamente un credito già veramente estinto. E chi, avendo un'azione e potendola esercitare, la trascura per lungo tempo, dà appunto ragione di presumere che riconosca tacitamente mancare il fondamento giuridico necessario al diritto che si tratterebbe per lui di far valere, od essere estinta l'obbligazione corrispondente, o che, se anche il diritto suo esistesse realmente, intenda di rinunziarvi. In ogni caso poi egli non avrà che da imputare a sè stesso, alla propria negligenza, d'aver perduto un diritto a cui, per ragioni d'interesse legittimo e gravissimo delle famiglie e della società, non si poteva lasciare una esistenza potenziale indefinita. Così adunque della prescrizione è scopo la conservazione degli interessi privati, la protezione dell'ordine pubblico; ne è fondamento la presunzione che siasi tacitamente riconosciuta l'esistenza del diritto o la estinzione dell'obbligazione altrui, o che al diritto od al credito proprio siasi inteso di rinunziare.

I termini, brevi sempre, talvolta brevissimi, che la legge assegna come perentori per l'esercizio di certi diritti o di certe azioni, hanno differenze rilevanti, in confronto della prescrizione, nei rapporti sovraccennati. Innanzi tutto, mentre la prescrizione ha per carattere proprio la *generalità*, poichè si applica a qualunque azione tanto reale quanto personale, salvo l'esservi alcune particolari azioni, per le quali *il tempo necessario a prescrivere è più breve* (art. 2135, 2137 e seg. cod. civ.), la *condizione del tempo*, entro il quale soltanto possano certi diritti od azioni essere utilmente esercitati, è invece *speciale* affatto ai diritti ed alle azioni medesime, ed è motivata dalla loro natura ed importanza particolare. Qualche diversità

avvi ancora in ordine allo scopo; chè, sebbene possa dirsi, in un senso generale, consister esso, per questi termini come per le prescrizioni vere, nel proteggere la tranquillità delle famiglie e l'ordine sociale, ciò però non potrebbe render ragione del ritenersi insufficiente all'uopo la garanzia della prescrizione comune, e del subordinarsi quindi l'esercizio del diritto o dell'azione a particolari e brevi termini, trascorsi i quali se ne decada. Dev'esservi dunque, oltre a quello generale, un altro scopo speciale; che consiste nel conformarsi all'indole, all'importanza ed agli effetti particolari del diritto o dell'azione, non permettendone l'esercizio oltre a quel tempo dopo il quale essi ne sarebbero contrariati. Ma dove appare più evidente la differenza fra i termini di decadenza e le prescrizioni vere, si è nel fondamento giuridico che a quelli possa assegnarsi. Non consiste esso già nella presunzione d'una rinunzia al diritto proprio o di un riconoscimento del diritto altrui. Non trattandosi d'un qualunque diritto od azione, in genere, che possa derivare tanto da volontà e fatto dell'uomo quanto da disposizione della legge, ma di diritti od azioni particolari *che sono creazioni della legge positiva*, epperò trovansi sotto l'assoluto imperio d'essa e dalle sue disposizioni totalmente dipendono, la legge può quindi subordinare ad una condizione di tempo, come a qualunque altra, l'esercizio di queste azioni che sono concessione sua; nè, quando ciò riconosca essere necessario o conveniente ai fini in vista dei quali essa ha istituite e regolate quelle azioni, può aver bisogno di ricorrere a presunzioni di rinunzia volontaria da parte degli aventi diritto. Certamente avverrà che, con la inosservanza della condizione di tempo stabilita dalla legge, la parte venga *per colpa propria* a spogliarsi del diritto o dell'azione che nel termine prefisso avrebbe potuto utilmente esercitare; ma ciò sarà una *conseguenza della inosservanza della legge*, piuttostochè il *fondamento delle disposizioni di essa.*

Da questa poi deriva eziandio un'altra differenza caratteristica di grandissima importanza pratica, tra le vere prescrizioni ed i semplici termini di decadenza. Fondandosi quelle sopra una presunzione di rinuncia al diritto od all'azione, ne segue che quando la persona avente il diritto o l'azione sia, per età o per lo stato infermo della mente, in condizione d'incapacità a rinunciarvi, nè essendo d'altra parte ammissibile che a fronte dell'impossibilità di tale rinunzia produca lo stesso effetto la negligenza del rappresentante legale dell'incapace, cioè di chi esercita la patria podestà o del tutore, che trascurando di esercitare l'azione spettante al proprio amministrato possa pregiudicare irreparabilmente agli interessi di lui, devono quindi le prescrizioni medesime *non correre*, rimanere *sospese* per tutto il tempo in cui continui lo stato d'incapacità dell'avente diritto (art. 2120, § 1, cod. civile). All'opposto i semplici termini prefissi dalla legge come perentori per l'esercizio di azioni da essa istituite, non avendo altro fondamento che la disposizione stessa della legge, regolata in conformità dei fini, ai quali l'istituzione dell'azione è diretta, ne deriva che il decorso di quel termine non abbia a rimanere sospeso per lo stato d'incapacità della persona; che anche l'incapace debba subire la *condizione del tempo* a cui, *per ragioni intrinseche*, l'esercizio dell'azione è subordinato; che pertanto non possa salvarlo dalla decadenza, che il decorso di quel tempo trae seco, l'essere l'ommissione imputabile a colpa del tutore; salvo, s'intende, il diritto di risarcimento che il tutelato può far valere contro di lui pel danno che gliene sia derivato.

Similmente per ciò che concerne la *interruzione* del decorso del tempo, non sono puramente e semplicemente applicabili le regole per essa stabilite quanto alla vera *prescrizione* (art. 2123 e seg. cod. civ.); ma il decidere se e per quali cause possa farsi luogo a considerare come se non fosse corso il tempo anteriore, ed a cominciare

di nuovo il computo del termine, dipende esclusivamente dalle particolari disposizioni della legge, in relazione a quel *termine di decadenza*, del quale si tratti.

50 *bis*, II. Vediamo ora quali applicazioni possano farsi di questi principii generali all'*azione in disconoscimento di paternità*.

Tra le considerazioni che dànno fondamento alla prefissione di termini brevissimi e perentori, entro i quali l'azione in disconoscimento debba essere intentata, quella d'una presunta rinuncia degli interessati all'azione medesima, è secondaria quanto al marito, nulla affatto per gli eredi di lui; come abbiamo osservato in principio del precedente numero. La ragione, principale nel primo caso, unica nel secondo, consiste nell'alto interesse di non abbandonare ad una lunga incertezza lo stato legittimo di una persona, che ha appoggio in una presunzione, generalmente assoluta, di legge; e di non affidare la decisione di un punto di tanta importanza alle incertezze ed ai pericoli di un giudizio tardivo. Trattasi adunque d'una *ragione intrinseca* risguardante all'indole stessa, ai caratteri ed agli effetti dell'azione; e per tale ragione la legge, usando del dominio assoluto che le appartiene sopra quest'azione da essa istituita, ne subordina l'esercizio ad una condizione, fra le altre, indispensabile: che cioè quell'esercizio sia promosso entro un breve e perentorio termine. Manca pertanto il principale carattere che dovrebbe contraddistinguere la prescrizione, ed abbiamo invece quello che è proprio di un semplice *termine*, per la scadenza del quale s'incorre la perdita di un diritto. Da ciò dovrà seguire, secondo le massime sopra dimostrate, che non solo contro il marito, ma anche contro gli eredi di lui, quantunque siano, questi o quello, minori od interdetti, debbano decorrere quei termini, non altrimenti che se il marito o gli eredi medesimi fossero pienamente capaci; e che poi non siano applicabili puramente e sem-

plicemente le regole comuni concernenti l'interruzione, ma debbasi ricorrere unicamente, anche in questo argomento, allo spirito delle particolari disposizioni della legge relativamente a questa speciale azione ed all'estinzione d'essa per decorso di tempo.

La dottrina francese è infatti generalmente concorde nel ritenere che i termini stabiliti per l'esercizio dell'azione in disconoscimento, non costituendo vere *prescrizioni*, debbano correre anche contro il marito o gli eredi incapaci per interdizione o per minorità (1). Ultimamente però uno scrittore riputatissimo ha sparso dubbi intorno a questa teoria, ed ha presentata in proposito qualche nuova idea. Parte egli dal concetto che, nello stabilire i termini per l'esercizio dell'azione in disconoscimento, il legislatore abbia presunto che il silenzio del marito o degli eredi durante quel tempo equivalga ad un *tacito riconoscimento della paternità.* Posto ciò, egli osserva che nella questione del dovere o no rimaner sospesi i termini durante la minorità del marito o degli eredi, si compenetra l'altra dell'esser essi o no capaci a *riconoscere la paternità legittima.* Presa la questione sotto questo aspetto, il lodato autore distinguerebbe se si considerasse l'azione presso il marito o presso gli eredi. Nel primo caso, il marito, quantunque minore, come sarebbe capace a riconoscere un figlio naturale, a maggior ragione dovrebbe esserlo per un figlio legittimo. D'altronde la capacità al matrimonio dovrebbe trar seco anche la capacità agli atti risguardanti la filiazione legittima che dal matrimonio dipende, e così tanto a riconoscere quanto a disconoscere il figlio nato durante quel matrimonio. La conseguenza di ciò sarebbe che anche contro il marito minore d'età dovessero decorrere i termini stabiliti dalla legge, com-

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 89; Zachariae, § 546 *bis*, nª 10, 2ª edizione Bruxelles; Marcadé, art. 317, § II, t. II, n. 20; Troplong, *De la prescription*, t. I, n. 27; Demolombe, t. V, n. 159.

piuti i quali egli fosse quindi definitivamente decaduto dall'azione in disconoscimento, senza poter invocare la sospensione di quei termini in causa della propria incapacità personale. Pel secondo caso, invece, si opporrebbero difficoltà gravi alla massima generalmente professata, che anche contro gli eredi del marito corrano i termini stabiliti dalla legge per l'azione in disconoscimento del figlio, senza rimanere in sospeso a cagione della minorità degli eredi stessi. Si osserva, in questo senso, che l'azione degli eredi essendo *puramente pecuniaria*, e i minori non potendo mai disporre dei proprii *diritti patrimoniali*, non possa quindi nemmeno attribuirsi alcuna efficacia giuridica a quel presumibile riconoscimento della paternità del loro autore, col quale, lasciando trascorrere i termini stabiliti dalla legge pel disconoscimento, verrebbero gli eredi a spogliarsi del diritto pecuniario avente per oggetto i beni dell'eredità del marito; che poi il tutore, al quale spetterebbe di agire, in questa materia di diritto pecuniario, rappresentando il minore, non potrebbe colla propria negligenza pregiudicare irreparabilmente agli interessi del tutelato. Se ne conchiude che, considerata la questione sotto l'aspetto del *tacito riconoscimento* dovrebbe essere applicabile il principio comune, che *la minorità della persona a cui l'azione appartiene sospende il decorso del tempo, pel quale l'azione stessa si estinguerebbe*. Resta, si dice, la massima che *i termini, pei quali si decade da un diritto o da un'azione, non ammettono sospensione*. Ma questa massima — soggiunge l'autore — non è abbastanza precisamente dimostrata; e in ogni caso non sarebbe da ammettersi in senso così assoluto come si ritiene comunemente. L'autore non parlò, quanto al marito, che del solo caso di *minorità di lui;* perchè, quanto all'altro caso d'*interdizione*, egli portava opinione che il tutore dell'interdetto non potesse esercitare per lui l'azione in disconoscimento, ma lo potesse soltanto l'interdetto medesimo quando si trovasse *in lucidi intervalli;* donde seguirebbe

che il decorso del tempo dovesse necessariamente rimanere in sospeso fino al momento in cui il marito avesse ricuperato il pieno uso delle sue facoltà intellettuali (1).

Massime in qualche parte differenti erano state insegnate da altri autori, i quali avevano opinato che " lo " spirare dei termini prefissi dagli articoli 316 e 317 " cod. Franc. (166 e 167 cod. Ital.) per l'esercizio del- " l'azione in disconoscimento, non importa una vera pre- " scrizione estintiva, ma una *decadenza*, a cui non si " applica la sospensione della prescrizione stabilita in " favore dei minori e degli interdetti dall'art. 2252 (2120 " cod. Ital.); che quindi quei termini non sono sospesi, " nè per la minorità del marito, nè per la minorità e la " interdizione degli eredi di lui; che tuttavia i termini " stessi non correrebbero contro il marito che si trovasse " in istato di demenza, perchè dall'insieme delle disposi- " zioni contenute nell'art. 316 (166 cod. Ital.) risulta fino " all'evidenza che *il legislatore non ha inteso di far correre " contro il marito i termini per esercitare l'azione di disco- " noscimento, se non a partire dal momento in cui egli abbia " potuto acquistare personalmente la certezza del parto di " sua moglie* „ (2).

Su quest'ultimo punto concordava dunque colla teoria ora accennata anche quella del *Laurent;* ma ne disconveniva quanto all'opinione, professata da *Aubry* e *Rau*, come generalmente dagli altri autori, che sia inapplicabile ai termini stabiliti per l'esercizio dell'azione in disconoscimento il principio della sospensione a favore dei minori e degli interdetti.

Tutta la dottrina sopra riferita del *Laurent* parte da un punto di cui ci sembra d'avere già dimostrato sufficientemente esserne dubbia l'esattezza; dal supporre cioè che *a base unica della decadenza*, minacciata a chi lasci tras-

---

(1) V. Laurent, t. III, n. 450.
(2) V. Aubry et Rau, t. VI, § 545 *bis*, n^{i} 28, 29, 4^{a} ediz.

correre i brevi termini prefissi all'esercizio dell'azione in negazione di paternità, stia la *presunzione di un tacito riconoscimento* della filiazione paterna legittima. Ad ogni modo poi, anche questa dottrina giunge per altra via alla stessa massima ritenuta da tutti gli altri autori, per ciò che riguarda l'azione spettante al marito che sia nello stato di minorità. Solo per quella degli eredi rimarrebbe un dubbio, dipendente dal non ritenere abbastanza fondata la teoria che distingue le prescrizioni vere dai semplici termini, alla scadenza dei quali vada annesso per legge il decadimento dai diritti al cui esercizio quei termini siano prefissi. Ma, per le ragioni già dimostrate, crediamo che al contrario quella distinzione si appoggi a principii manifestamente veri, per quanto possano esserne delicate e difficili le particolari applicazioni.

Riputeremmo pertanto che la decadenza dall'azione in disconoscimento, pel decorso dei termini stabiliti negli articoli 166 e 167, fosse opponibile tanto al marito quanto agli eredi di lui, non ostante lo stato di minorità o d'interdizione in cui essi si fossero trovati; non essendo invocabile a loro favore la sospensione della prescrizione, ammessa dall'art. 2120 cod. civile. Solo parrebbe ammissibile la limitazione suggerita dai signori *Aubry* e *Rau*, per coloro che si trovassero di fatto in istato di demenza, benchè non provveduti di tutori in seguito ad interdizione. Indipendentemente dal motivo addotto dai lodati autori, ci sembra decisivo questo: che alla decorrenza del termine recante decadenza dall'azione osterebbe in tal caso *la impossibilità di agire*, e che la differenza esistente fra *decadenza* e *prescrizione* non impedisce che sia comune all'una ed all'altra un principio di ragione naturale, quale si è quello che " *contra non volentem agere, non currit praescriptio* „. Del quale principio fu fatta applicazione anche dalla giurisprudenza nostra col decidere che " il termine dell'art. 166 decorre bensì anche contro " l'incapace quando sia legalmente rappresentato, ma

" non può decorrere a suo pregiudizio quando sia rimasto " privo di rappresentante „ (1).

Quanto all'*interruzione*, a cui possano o no andar soggetti i termini prefissi al marito ed agli eredi di lui, per l'esercizio dell'azione ad essi concessa in disconoscimento del figlio, ne sembra chiarissima la inammissibilità. — Le regole comuni, circa le interruzioni della prescrizione, non possono essere applicabili qui dove non si tratta di vera prescrizione. Ricorrendo poi alle speciali disposizioni di legge relative a questi termini, entro i quali soltanto l'azione in disconoscimento può essere intentata, è facile il convincersi che l'intendimento di esse riassumendosi tutto nel volere che ogni controversia sullo stato del figlio, che ha in proprio favore la presunzione di filiazione paterna legittima, sia esaurita al più presto possibile, sarebbe inconciliabile con questo scopo l'ammettere quei mezzi d'interrompere il decorso del tempo che sono applicabili alle ordinarie prescrizioni. La legge vuole indeclinabilmente che entro i termini da essa stabiliti l'azione in disconoscimento sia *promossa giudizialmente*. Non sarebbe da considerarsi come equivalente un qualunque altro atto, che pur potesse interrompere una prescrizione ordinaria (2).

Fu per altro giustamente ritenuto nella già citata sentenza, 29 maggio 1871, della Corte di Bologna, che qualora fosse stata proposta in tempo utile la istanza pel disconoscimento, benchè davanti ad un tribunale incompetente, non sarebbe incorsa la decadenza dall'azione, potendosi invocare per analogia la massima sancita nell'art. 2125 cod. civ.

I termini stabiliti dagli articoli 166 e 167 cod. civile sono applicabili anche al caso in cui l'azione in disco-

---

(1) V. decisione 8 luglio 1878 della Corte di cassazione di Firenze (*Giur. It.*, XXX, I, 1, 1097).

(2) V. LAURENT, t. III, d°. n. 450 in fine.

noscimento sia promossa, dal marito o dagli eredi di lui, *contro il figlio nato prima che fossero trascorsi centottanta giorni dopo il matrimonio*, non verificandosi alcuna di quelle cause d'eccezione, per le quali tale disconoscimento è vietato secondo l'art. 161 (1). Vero è che in tale ipotesi basta, sì pel marito che per gli eredi, la *semplice negazione* della paternità, senza bisogno di appoggiarla ad alcuna delle cause necessarie a verificarsi pel disconoscimento del *figlio concepito durante il matrimonio*, e senza dover provare nessun fatto particolare tendente ad escludere la paternità. Ma non è men vero che, toltane questa specialità, in ogni altro rapporto trattasi sempre di un vero disconoscimento, regolato da norme perfettamente identiche, o sia contro il figlio nato prima di centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, o contro quello concepito in costanza di esso, che l'azione s'intenti. Ciò posto, non può dubitarsi della verità della massima sopra indicata; giacchè, quanto ai termini stabiliti per l'esercizio dell'azione del marito, il testo stesso dell'art. 166 dichiara in modo assoluto che i detti termini debbano essere osservati " *in tutti i casi nei quali il marito è auto-* " *rizzato a far richiamo* "; e quanto poi al termine fissato dall'articolo 167 per l'azione che si eserciti dagli eredi, essendo questa l'azione stessa del marito che si trasmette a loro, non può essere diverso il principio, nè quindi possono trarsene conseguenze differenti.

Rispetto al *modo di computazione* di quei termini, la dottrina è concorde nel ritenere che, non trattandosi di una vera *prescrizione*, debbano applicarsi i principii generali che valgono pei semplici termini, epperò: 1° i mesi debbano computarsi secondo il calendario gregoriano, senza tener conto del numero dei giorni; 2° non debba

---

(1) V. Sentenza 5 marzo 1897 della Corte d'appello di Torino (*Giur. It.*, XLIX, I, 2, 326).

contarsi nel termine il giorno *a quo*, ma vi si debba includere il giorno *ad quem* (1).

50 *bis*, III. A complemento di queste nozioni generali, occorre di osservare come le norme regolatrici dei termini per esercitare l'azione in disconoscimento non siano uniformi, ma presentino differenze rimarcabili, sia in ordine al punto di decorrenza, sia in ordine alla durata di quei termini. Distingue la legge, con separate disposizioni, il caso in cui l'azione sia esercitata dal marito (art. 166) e l'altro che dopo la morte di lui, avvenuta in tempo ch'egli avrebbe potuto ancora promuovere quell'azione, la intentino gli eredi (art. 167).

Nel primo caso si suddistinguono ancora tre diverse ipotesi; in ognuna delle quali variano la durata e la decorrenza del termine, o quest'ultima almeno. La prima ipotesi è che il marito sia *presente nel luogo della nascita del figlio quando questa avviene;* ed allora il termine è di *due mesi*, decorribili *dal giorno della nascita* stessa. Nelle altre due si suppone che il marito si trovi *nella impossibilità di agire* immediatamente al tempo della nascita del figlio, o perchè a quel tempo egli sia *lontano dal luogo* in cui essa avviene, o perchè, anche essendo presente, gli si sia *con frode tenuta celata la nascita.* Allora, evidentemente, il punto di decorrenza del termine non può più essere il giorno della nascita del figlio, ma *quello in cui sia cessata pel marito l'impossibilità di agire;* cioè, secondo i casi, il giorno nel quale il marito *sia ritornato nel luogo in cui è nato il figlio*, ovvero il giorno in cui il marito stesso *abbia scoperta la frode*, colla quale gli era stata occultata la nascita del figlio. Tra l'uno e l'altro di questi due ultimi casi avvi quindi una inevitabile differenza

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 84; Zachariae, t. II, § 546 *bis*, nª 11, 7ª ediz. Bruxelles; Demolombe, t. V, n. 152; Aubry et Rau, t. VI, 4ª ediz., § 545 *bis*, nº 26, 27; Laurent, t. III, n. 449.

rispetto alla decorrenza del termine, ma *non quanto alla durata* di esso, che per amendue è identica. Ma anche in questo rapporto diversificano invece i predetti due casi da quello precedentemente accennato, in cui il marito sia stato *presente nel luogo della nascita* al tempo di essa; chè, in cambio di *due mesi*, se ne concedono *tre*. Il quale aumento di tempo è facilmente giustificabile; sebbene a primo aspetto potesse sembrare che, conceduta la diversa decorrenza del termine, computandolo dal giorno, nel quale sia cessata pel marito la impossibilità di agire in cui prima trovavasi, non occorresse, del resto, stabilire un'ulteriore differenza nella *durata*. Il termine infatti, anche nel caso di presenza del marito, è a lui accordato dalla legge, affinchè egli abbia tempo che basti, non solo a deliberare sulla convenienza, o non, d'intentare l'azione in disconoscimento, ma eziandio a raccogliere i mezzi di prova che nel giudizio gli saranno necessari. — Ora, è manifesto che, per quest'ultimo scopo specialmente, è ragionevole lasciare maggior tempo al marito che ritorni dall'assenza, o scopra la frode con cui gli si tenne celata la nascita, che non quando, essendo egli presente in luogo, ha potutò, *anche nel corso stesso della gestazione*, preparare le armi per combattere la presunzione di sua paternità legittima contro il figlio che la moglie sua avrebbe dato alla luce.

Quando poi siano gli eredi del marito che abbiano da esercitare l'azione, avvi ancora una differenza rilevantissima per ciò che concerne il *tempo da cui debba decorrere il termine* per promuoverla. Non potrebbe questo tempo essere determinato dal *giorno della nascita* del figlio, quand'anche essa fosse avvenuta *dopo la morte del marito*; nè potrebbe in verun caso farsi luogo ad altro di quei punti di decorrenza che dall'art. 166 sono stabiliti pel termine entro il quale si può utilmente esercitare l'*azione morale* del marito. L'azione attribuita agli eredi essendo invece *puramente pecuniaria*, essendo perciò necessario

ch'essa posi sopra un *interesse legittimo ed attuale*, e questo interesse non potendo consistere in altro che *nella eredità* stessa del marito, e *nel difenderla contro le pretensioni del figlio*, è chiaro pertanto che solamente dal giorno nel quale costui *entri in possesso dei beni del marito, o turbi il possesso* degli eredi, l'azione di questi ultimi deve divenire esercibile col sorgere di quell'*interesse legittimo ed attuale* che all'azione medesima può prestar fondamento; e da quel giorno soltanto può quindi anche cominciare quel decorso di tempo, pel quale la detta azione può rimanere estinta. Ma, per quanto riguarda *la durata*, il termine concesso agli eredi non è diverso da quello che è dato al marito che al tempo della nascita sia presente nel luogo in cui essa avviene; è limitato cioè a *due mesi* (articolo 167 cod. civ.). Eppure avrebbe potuto sembrare congruo il dare a questo termine una maggiore estensione, pareggiandolo almeno a quello che è stabilito pel marito ritornato dall'assenza o venuto a notizia della nascita del figlio che gli era stata occultata con frode: poichè non può riuscire meno difficile agli eredi, quando sono messi in avvertenza dalle usurpazioni o turbative di possesso commesse dal figlio, di quello che possa esser difficile al marito, nelle circostanze preindicate, il cercare e raccogliere i mezzi di prova necessari per sostenere un'azione che deve vertere intorno a *fatti, ai quali gli eredi sono estranei*. — Effettivamente il cod. Franc. obbligava il marito, che si trovasse *nel luogo della nascita*, ad intentare *entro un mese* l'azione in disconoscimento che volesse esercitare contro il figlio; e concedeva invece, come al marito ritornato dall'assenza o che avesse scoperta la frode, con cui gli si fosse tenuta occulta la nascita del figlio, così pure agli eredi del marito stesso, *un termine di due mesi* (art. 316, 317 cod. Franc.). Simili disposizioni leggevansi pure nel progetto del cod. Italiano presentato dal Ministero (art. 159, 160 progetto Pisanelli). — Fu nel successivo progetto concordato tra la Commis-

sione del Senato ed il ministro Guardasigilli (art. 177, 178) che si apportarono le modificazioni conservate poi negli articoli 166 e 167 del codice. Come avvenne dunque che nel determinarsi a questa innovazione, consistente nello estendere la durata dei termini a favore del marito, non si facesse altrettanto in vantaggio degli eredi, e si lasciassero questi parificati al marito presente, in vece che al marito ritornato dall'assenza o venuto a notizia della nascita del figlio, statagli prima fraudolentemente occultata? La spiegazione consisterebbe, a quanto sembra, in un obblio che sarebbe stato commesso in occasione di quelle modificazioni. — " I termini (così leggesi nella relazione " Vigliani, a pag. 59), che l'art. 159 assegna al marito " per impugnare la sua paternità, sono stati dalla Com- " missione leggermente allungati, per non lasciare la " madre puerpera esposta al dolore di vedersi chiamata, " nel corso stesso del puerperio, a difendere la legittimità " del proprio parto; la qual cosa è sembrata alla Com- " missione, non pure dura, ma inumana ". Potrebbesi forse accusare questa come una pietà malintesa, poichè riesce in ultimo a lasciare per maggior tempo esposta la madre a potersi veder chiamata in giudizio per sentir dichiarare illegittimo il suo parto. Ma, ad ogni modo, è evidente come non siasi avvertito che l'apportare questa variazione ne avrebbe resa necessaria anche un'altra nell'articolo successivo; affinchè non restasse l'incoerenza di lasciare lo stesso termine, per raccogliere e preparare le prove necessarie nel giudizio di disconoscimento, tanto al marito che deve ricercarle intorno a fatti che lo riguardano personalmente, quanto agli eredi che abbisognano di ottenere indicazioni circa fatti che sono ad essi estranei.

Discendiamo ora a qualche più particolare spiegazione intorno ai diversi casi contemplati dai citati art. 166 e 167 c. c.

51. Il marito deve proporre giudizialmente la sua domanda " entro due mesi quando si trovi nel luogo in

" cui è nato il figlio „. Così l'art. 166, al^a. 1°: E quantunque non sia detto precisamente in termini, risulta però chiaramente dal testo medesimo, che questi due mesi debbono computarsi *dal dì della nascita* del figlio; nè d'altronde sarebbe ragionevolmente concepibile per questo caso nessun altro punto di decorrenza del termine. Così la dottrina non lascia a tale proposito nessuna incertezza: e parimente non v' ha dubbio che il giorno *a quo* non può essere fuorchè quello in cui il figlio venga alla luce; chè i dolori o le operazioni più o meno prolungate che abbiano preparato il parto, non potrebbero mai, ben s'intende, far decorrere il termine.

Ma, come precisamente devesi intendere, secondo il detto art. 166, al^a. 1°, *il luogo in cui è nato il figlio?* Non è nemmeno da pensare che questa espressione sia stata usata dalla legge per contrapposizione a quell'*allontanamento* che, rendendo la *coabitazione dei coniugi fisicamente impossibile*, apre l'adito all'azione in negazione di paternità, giusta la disposizione dell'art. 162; e che quindi abbia a riputarsi presente, nel luogo della nascita del figlio, il marito che si trovi anche in luogo lontano da quello in cui la nascita avviene, ma non lontano tanto da derivarne la fisica impossibilità di coabitazione colla moglie. Una tale interpretazione sarebbe in opposizione manifesta col testo della legge. D'altra parte, la circostanza della *impossibilità fisica di coabitazione* dei coniugi che, *riferita al tempo del concepimento* del figlio, ha una influenza decisiva nel determinare l'attribuzione al marito dell'azione in disconoscimento, *riferita invece al tempo della nascita* del figlio stesso, non può avere alcuna efficacia quanto a determinare la durata e la decorrenza del tempo, pel quale può estinguersi quell'azione. Imperocchè non è dai rapporti tra i coniugi, ma dalle circostanze in cui si trovi il marito a fronte del fatto della nascita del figlio, dall'impossibilità in cui esse abbian posto il marito medesimo di agire immediatamente, dal bisogno che gliene

derivi di un tempo più lungo per prepararsi i mezzi a combattere la presunzione di sua paternità; è solo da tutto questo che può essere giustificato lo stabilire un termine più lungo o più breve per promuovere l'azione, e il farlo decorrere dalla nascita del figlio o da un tempo posteriore. Dovremo dunque intendere per *luogo della nascita* solamente il *luogo speciale*, la casa in cui quella sia avvenuta? Restringeremmo allora i termini della legge, la quale non parla in un senso così limitato. Nè una interpretazione restrittiva potrebbe convenire ad una disposizione, la quale non reca già eccezione ad una regola generale, ma al contrario, col sottoporre ad un termine il più breve e perentorio l'esercizio dell'azione in disconoscimento, tende a rafforzare e rendere inalterabile la presunzione legale di paternità legittima del marito, che costituisce la regola. Infine poi questo senso, che si attribuisse alla legge, sarebbe irrazionale; dappoichè il trovarsi il marito accidentalmente fuori di casa al momento del parto della moglie, od anche il vivere abitualmente separato da essa, fosse poi legalmente o no, quando d'altronde fosse in condizioni tali da non poter ignorare l'avvenimento del parto, non potrebbero certamente riguardarsi come giusti motivi per aumentare il termine ad impugnare la paternità.

Qual è dunque, ripetiamo, il senso preciso che debba attribuirsi a quelle parole: “ *quando* (il marito) *si trovi* “ *nel luogo in cui è nato il figlio?* „.

Alcuni autori opinano che la legge non abbia, a questo proposito, voluto definire nulla rigorosamente, ma abbia inteso invece di abbandonare in tutto alla saggezza dei magistrati il decidere, secondo le circostanze particolari di ciascun caso, se o no il marito, per la ragione del luogo in cui trovavasi, diverso da quello nel quale avveniva la nascita del figlio, sia da riputarsi che abbia ignorato questo avvenimento, e sia quindi stato *nell'impossibilità di agire*. Secondo questa prima opinione, l'espressione

sopraccennata, dell'art. 166, al^a. 1°, dovrebbesi dunque intendere in questo senso: che il marito abbia due soli mesi utili per disconoscere il figlio, allorchè al tempo della nascita di lui si trovi in tal luogo da doversi ragionevolmente presumere che abbia avuto notizia immediata di quell'avvenimento (1).

Altri avvisano doversi ritenere in principio che, secondo la legge, si reputi il marito trovarsi *nel luogo della nascita del figlio* quando sia *nel comune* in cui questo fatto accade; potervi tuttavia essere casi nei quali egli debba considerarsi come presente nel luogo della nascita, sebbene risieda fuori del comune in cui essa si avvera; quando cioè il luogo di residenza del marito sia così vicino ed offra tanto facili comunicazioni col luogo di nascita del figlio, da non potersi presumere ragionevolmente che il marito abbia ignorato un avvenimento tanto importante in famiglia (2). V'ha poi anche chi respinge quest'ultima limitazione, ed adotta come assoluta la massima che solamente quando il marito abiti entro il territorio del comune in cui avvenne il parto possa dirsi ch'egli *si trovi nel luogo in cui è nato il figlio* (3).

Non sembra accettabile questa terza opinione. Essa si fa forte del considerare che " la gravità dell'effetto, che " sarebbe la decadenza dal diritto dell'azione, e la natura " della causa da cui l'azione deriva, non dànno licenza " di estendere in verun modo questo dettato „. Tali argomenti non ci sembrano tuttavia tanto decisivi quanto a prima vista potrebbero esser creduti. Bisogna interpretare strettamente le disposizioni di legge che stabiliscono cause, per le quali si decade da un diritto o da un'azione? Ciò è

---

(1) V. DURANTON, t. III, n. 85; MARCADÉ, art. 316, § II, t. II, n. 20; PACIFICI-MAZZONI, *Ist.*, lib. I, n. 460, pag. 321.

(2) V. TOULLIER, t. II, n. 839; ZACHARIAE, § 546 *bis*, n^a 13, 2^a edizione Bruxelles; AUBRY et RAU, t. VI, § 545 *bis*, n^a 16; DEMOLOMBE, t. V, n. 141, 142, 1°; LAURENT, t. III, n. 444, pag. 561.

(3) V. BORSARI, *Comm.*, art. 166, § 412, A) I, vol. I, pag. 623.

vero in massima generale, ma non quando si tratti di un'azione, come questa, colla quale si ammetta *eccezionalmente* potersi impugnare una presunzione legale generalmente assoluta. Allora, evidentemente, il *restringere le cause di decadenza* da tale azione, equivarrebbe ad *estendere l'esercizio dell'azione* stessa, ad accrescere quindi i casi d'eccezione che la legge ammette contro una regola da essa medesima stabilita; ciò che è contrario ai principii d'una retta interpretazione. Tutto quello poi che è riferibile all'indole ed ai caratteri dell'azione in disconoscimento ed alle cause, su cui essa può fondarsi, non sembra che porga argomenti per ritenere che al marito, il quale al tempo della nascita del figlio si trovi fuori del comune in cui essa avvenga, non possa esser mai applicabile quello stesso breve termine ch'egli dovrebbe osservare se si trovasse a quel tempo nel luogo stesso speciale della nascita, mentre si suppone dimostrato dalle circostanze, valutabili a prudente criterio dei giudici, che, anche essendo in quel luogo, il marito stesso abbia potuto avere ed abbia realmente avuto notizia di quell'avvenimento.

D'altro lato, non parrebbe nemmeno da accogliersi la seconda delle riferite opinioni, nella parte in cui stabilirebbe, a quanto sembra, che se al tempo della nascita del figlio il marito si trovi *nel comune* in cui essa avviene, debba senz'altro, e senza limitazioni, applicarglisi il più breve termine prefisso al marito che si trovi *nel luogo della nascita*. Potrebbe darsi che, anche risedendo entro i confini del territorio comunale, il marito fosse però in tali circostanze, rispetto al luogo in cui avvenne la nascita del figlio, da doversi riputare ragionevolmente che egli non ne avesse avuto notizia, e fosse quindi stato nella impossibilità di agire. Con quale giustizia adunque si potrebbe dichiararlo decaduto dall'azione ch'egli non potè esercitare? E perchè non gli si applicherebbe piuttosto l'altro termine, la cui decorrenza non comincia, secondo

ragione, fuorchè dal giorno in cui è presumibile che il marito abbia potuto conoscere la nascita del figlio, e deliberare quindi per l'esercizio dell'azione, e prepararne i mezzi?

Stimeremmo pertanto doversi abbracciare soltanto la massima in cui anche questa seconda opinione concorda colla prima che abbiamo accennato; la massima cioè, che quando la legge suppone trovarsi il marito *nel luogo in cui è nato il figlio*, intenda che quel luogo sia tale *da doversi presumere che il marito abbia tosto avuta notizia della nascita del figlio;* che quindi tutto si riduca in questo particolare ad una pura *questione di fatto*, giudicabile secondo le circostanze speciali de' casi, a prudente criterio dei tribunali; e che con questa norma si possa talvolta tanto ritenere come *presente* il marito che al tempo della nascita del figlio siasi trovato fuori del comune in cui essa avveniva, ma in luogo prossimo e nel quale la facilità delle comunicazioni non permettesse di presumere che non vi fossero giunte al marito le notizie di avvenimenti tanto gravi nella sua famiglia; quanto considerare al contrario come *non presente* il marito che pur si trovasse entro il territorio comunale, ma in luogo abbastanza lontano e coll'accompagnamento di tali circostanze da potersi ragionevolmente presumere ch'egli avesse ignorato il parto della moglie sua.

Veramente avvi nel nostro codice un'altra disposizione che lascierebbe luogo ad insinuarsi anche una diversa idea. Il paragrafo secondo dello stesso art. 166, prevedendo il caso in cui *il marito non sia presente nel luogo in cui nasca il figlio*, fa decorrere il termine dal ritorno del marito in quel luogo o *nel domicilio coniugale*. Ora, il rapporto che necessariamente esiste tra le due disposizioni, l'una delle quali contempla i casi di *presenza* e l'altra i casi opposti di *non presenza* del marito nel luogo della nascita, potrebbe dar a pensare che tra i primi dovesse comprendersi anche l'ipotesi che il marito, al

tempo della nascita del figlio, si fosse trovato nel luogo del domicilio coniugale, quand'anche la moglie avesse partorito in luogo diverso e lontano, cosicchè fosse da presumere che il marito avesse ignorato questo avvenimento. Ma sarebbe erroneo un tale concetto. Quando la legge parla di *presenza* o *non presenza* del marito, si riferisce ad un *fatto contemporaneo al nascimento del figlio:* all'opposto, quando parla, nel § 2° dell'art. 166, del *ritorno del marito nel luogo di nascita del figlio od in quello del domicilio coniugale*, suppone evidentemente un *fatto posteriore alla nascita* predetta; e ad esso non si riferisce fuorchè per farne *il punto di partenza del termine*, che pel disconoscimento della paternità si concede al marito, del quale si suppone dimostrato che *non fosse presente* nel luogo della nascita allorchè questa avvenne. Non si può dunque confondere l'una cosa coll'altra, nè accomunarne i requisiti. Lo scopo del secondo paragrafo dell'art. 166 non era di determinare *quando debba il marito riputarsi non presente*, e farsi luogo quindi ad applicare in favor suo un termine più lungo e con diversa decorrenza. A ciò provvedeva già implicitamente la disposizione del paragrafo primo, di cui quest'altro non è che il contrapposto; giacchè dovrà naturalmente riputarsi *non presente* il marito allorchè, secondo le norme che abbiamo poco sopra esposte, sia da ritenere ch'egli *non si trovasse al tempo della nascita nel luogo in cui essa avvenne.* Scopo della predetta disposizione era dunque soltanto, nè altro era possibile, di stabilire qual fosse il diverso termine che si concedeva al marito *non presente*, e da qual giorno dovesse quel termine decorrere. In quest'ultimo aspetto poteva essere giustificato il considerare, fra l'altro, come punto di partenza del termine anche *il giorno in cui il marito fosse tornato nel luogo del domicilio coniugale;* essendo supponibile che in quel luogo egli potesse agevolmente essere informato della nascita precedentemente avvenuta del figlio, e raccogliere i mezzi di prova per

impugnare la presunta paternità propria. Ma, all'opposto, non sarebbe stato giusto il considerare la presenza del marito nel luogo di domicilio coniugale, *al tempo della nascita del figlio*, come un fatto che bastasse a rendere applicabile al marito stesso, per l'esercizio dell'azione in disconoscimento, il termine ordinario di *due mesi decorribili dal dì della nascita del figlio;* potendo verificarsi che, nondimeno, il luogo diverso e lontano in cui questa nascita fosse avvenuta e il concorso delle particolari circostanze, gli avessero reso impossibile il conoscere quell'avvenimento. Non v'ha dunque altra massima accettabile fuori di quella che nella presente questione fa dipendere tutto dalle circostanze particolari dei casi, rimettendo intieramente la decisione di puro fatto al potere discretivo dell'autorità giudicante.

52. Il marito deve proporre giudizialmente la sua domanda entro tre mesi “ dopo il suo ritorno nel luogo “ in cui è nato il figlio, od in cui è stabilito il domicilio “ coniugale, se era assente „. Tale è la disposizione del secondo paragrafo dell'art. 166. — Ciò che abbiamo detto nel numero precedente, circa il caso che il marito sia *presente* nel luogo della nascita del figlio, al tempo in cui essa avvenga, abbrevierà naturalmente il discorso che ora avremo a tenere intorno a questo nuovo caso, che non è altro fuorchè il contrapposto del primo, intorno cioè all'*assenza* del marito, com'essa è considerata nel riferito art. 166, § 2°.

È evidentissimo, innanzi tutto, che la parola — *assente* — non può qui intendersi limitatamente, nel solo senso legale definito nell'art. 20 cod. civile. Ben s'intende che chi sia veramente *assente*, è nella impossibilità di agire in disconoscimento del figlio partorito dalla moglie sua, poichè anzi v'ha *incertezza sulla sua vita*. Non è a dire però che del vero assente non fosse necessario parlare, e che non si trovi egli pure realmente compreso nella

disposizione che ora commentiamo; poichè anche rispetto a lui conveniva pure determinare il punto di partenza e la durata del termine entro cui potesse agire quando l'assenza cessasse; ciò che appunto forma l'oggetto speciale della predetta disposizione. Ma non può negarsi neppure che, nel precedente paragrafo, essendosi regolato il caso che *il marito si trovi nel luogo in cui è nato il figlio*, e *in contrapposizione* a quello parlandosi poi dell'altro caso d'*assenza del marito*, devesi necessariamente intendere che si considerino come *d'assenza* tutte le ipotesi, nelle quali *il marito non si trovi nel luogo della nascita del figlio* al momento in cui essa avviene. Altrimenti mancherebbe affatto una disposizione circa la durata e la decorrenza del termine al disconoscimento, pel marito che al momento della nascita del figlio non si trovasse nel luogo in cui essa accade, senza essere veramente assente; il che non è possibile ammettere. La parola *assenza* deve dunque interpretarsi qui in un significato più esteso di quello che d'ordinario le si attribuisce legalmente; ritenendola cioè come comprensiva tanto dell'*assenza vera*, quanto della semplice *non presenza;* cosicchè tanto all'una quanto all'altra siano applicabili le disposizioni contenute nel § 2 dell'art. 166.

Dal principio ora detto si traggono poi conseguenze di non lieve momento nell'applicazione pratica. Così ne deriverà, senza dubbio, che ogniqualvolta l'autorità giudicante, usando di quel potere discretivo che abbiam dimostrato esser innegabile in questa materia, dichiari che al tempo della nascita il marito siasi trovato in un luogo, nel quale sia da presumere che non gli sia pervenuta notizia della nascita del figlio; non potendo il marito, per le ragioni già accennate nel numero precedente, essere considerato come *presente*, così da doverglisi applicare la disposizione del § 1° dell'art. 166, dovrà invece riguardarsi necessariamente come *assente*, nel senso del § 2° dello stesso articolo, ritenendolo quindi soggetto soltanto, pel discono-

scimento del figlio, al più lungo termine di *tre mesi* decorribili, non dalla nascita del figlio stesso, ma dal ritorno del marito in uno dei luoghi indicati dal detto art. 166, § 2°. Ne deriverà parimente che la *non presenza* del marito nel luogo della nascita del figlio, debba sempre considerarsi *in relazione al tempo in cui sia avvenuta la nascita stessa*, come deve sempre riferirvisi, giusta il § 1° dell'art. 166, la presenza del marito. Ciò però deve intendersi sanamente, non attaccandosi alla materialità del momento in cui siasi verificato il parto; chè, come già abbiamo avvertito, il trovarsi il marito accidentalmente in altro luogo a quell'istante, quando però il complesso delle circostanze persuadesse che l'avvenimento della nascita avesse dovuto giungere tostamente a sua notizia, non potrebb'esser cagione di considerare il marito come *non presente*, ed aumentargli quindi considerabilmente il termine per impugnare la sua paternità.

Qualora, applicando colle norme ora dette le disposizioni combinate dei §§ 1 e 2 dell'art. 166, sia da ritenere il marito come *non presente* nel luogo della nascita al tempo di essa; lo stesso paragrafo secondo stabilisce a favor del marito un termine di *tre mesi* che fa decorrere *dal dì del ritorno di lui nel luogo in cui è nato il figlio, od in cui è stabilito il domicilio coniugale*. Della maggiore durata del termine abbiamo prima d'ora indicate le ragioni speciali; nè qui accade di dover tornare su questo argomento. Intorno poi al punto di partenza del termine stesso, abbiamo pure accennato come, nel caso *di non presenza* del marito, il tempo non potesse decorrere dal giorno della nascita del figlio, ma *da quello in cui fosse cessata pel marito la impossibilità di agire derivata dalla lontananza di lui*, da quando cioè si fosse verificato il suo *ritorno*. Se il nostro codice avesse anche in questa parte imitato il codice Francese, che limitavasi a parlare genericamente *del ritorno* del marito assente, senz'altra più particolare indicazione, avrebbero potuto sorgere le stesse

differenze di opinioni che si verificarono nella dottrina e nella giurisprudenza francese, dove alcuni insegnavano che il termine dovesse correre dal giorno in cui il marito fosse rientrato *nel luogo della nascita del figlio* (1), altri volevano che il ritorno si verificasse *nel luogo di residenza della moglie* (2), mentre un arresto della Corte di Parigi aveva deciso che dovesse considerarsi il ritorno del marito *nei luoghi della nascita del figlio o del domicilio coniugale* (3). Ma, in fondo, non parrebbe molto difficile la soluzione del dubbio, ricorrendo ai principii fondamentali. Per essi infatti essendo dimostrato che la *presenza* del marito, per ciò che riguarda l'azione in disconoscimento del figlio, non si giudica dal trovarsi quello materialmente nel *luogo identico e speciale* della nascita, ma dall'essere in tal luogo da doversi presumere che non potesse mancargli la notizia immediata di quel fatto, sembrerebbe doversi ritenere altrettanto rispetto al *ritorno* del marito che fosse stato assente al tempo della nascita del figlio. E ciò sarebbe anche perfettamente conforme alla ragion direttiva della decorrenza del termine; poichè dovendo esso partire naturalmente dal giorno in cui al marito divenne possibile di agire od almeno di cominciare a raccogliere i mezzi necessari per l'istruzione del giudizio, nulla potrebb'essere più razionale che il far dipendere la decorrenza del termine dal punto in cui sia da presumere che il marito potess'essere informato della nascita del figlio. Seguendo questa teoria sarebbevi anche qui una *quistione di mero fatto*, da ritenersi abbandonata al prudente giudizio del tribunale. Se non che gli autori del codice nostro non si tennero ad una formola così generale, e volendo determinare particolarmente i luoghi, nei quali avvenendo il ritorno del marito, avesse

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 140.
(2) V. Laurent, t. III, n. 444.
(3) V. Dalloz, *Rép.*, v° *Paternité*, n. 135.

a cominciare a carico di lui la decorrenza del termine pel disconoscimento del figlio, indicarono *quello in cui sia nato il figlio stesso, e quello in cui sia stabilito il domicilio coniugale.* Adottarono così la massima decisa dalla Corte di Parigi e riferita dal *Dalloz.*

Questa massima è censurata dal *Laurent*, il quale osserva che *il domicilio coniugale*, cioè quello del marito, *può essere lontanissimo dalla residenza della moglie, ed ignorarvisi del tutto il fatto della nascita del figlio;* che poi *il luogo di nascita di lui può essere affatto accidentale ed esservi sconosciuti tanto la moglie quanto il marito;* mentre per far decorrere il termine è necessaria almeno *la probabilità che il marito abbia conoscenza dei fatti.* Ed egli avvisa quindi che, secondo lo spirito della legge, debbasi considerare come *ritornato* il marito quando egli sia *rivenuto nel luogo di residenza della moglie* (1). Forse questo suo nuovo sistema può andar soggetto a critiche simili a quelle ch'egli ha mosse, non senza fondamento, alla massima della Corte di Parigi che fu adottata nel nostro codice. Può obbiettarglisi ugualmente che nel luogo di residenza attuale della moglie, al tempo nel quale ritorni il marito rimasto lungamente assente, può essere pressochè sconosciuta la moglie stessa, sconosciuto affatto il marito, ignoto completamente il fatto anteriore della nascita del figlio; che dunque tutto ciò è ben lontano dal creare quella probabilità di conoscenza dei fatti da parte del marito, che pur si vorrebbe per dar movimento al termine. Il vero forse è, che l'unico partito ragionevole consisterebbe nel far dipendere tutto dalle circostanze particolari di ciascun caso, e nell'affidarsi quindi per la loro valutazione alla prudenza dei magistrati giudicanti. Ma comunque sia, e prendendo la legge com'è, piuttostochè come parrebbe meglio che fosse, essa ci presenta ancora qualche dubbio abbastanza grave da risol-

---

(1) V. Laurent, l. c., pag. 561, 562.

vere. Sarà *sempre* ed *unicamente* dal ritorno in uno dei due luoghi indicati nel § 2° dell'art. 166, che dovrà decorrere pel marito assente il termine di *tre mesi* concedutogli per disconoscere il figlio ?

Il marito, che non era presente al tempo della nascita del figlio, ritornato poi nel luogo in cui essa avvenne od in quello del domicilio coniugale, intenta l'azione in disconoscimento. Il figlio, o il curatore che lo rappresenta, oppone al marito esser lui decaduto dall'azione, perchè era spirato il termine dei tre mesi dopo il ritorno, prima ch'egli avesse promossa l'azione. Ma il marito replica che quel termine *non ha potuto cominciare a decorrere* fuorchè due mesi dopo il suo ritorno; giacchè solamente allora egli ebbe notizia della nascita del figlio; e propone le prove di questo fatto. Sarà ammissibile questa difesa ? Ecco il primo quesito. Però la risposta negativa non può esser dubbia. La legge accorda al marito, che *non sia presente* al momento della nascita del figlio, tre mesi di tempo per disconoscerlo, decorribili dal giorno in cui il marito stesso sia ritornato o nel luogo della nascita del figlio od in quello del domicilio coniugale. Questa legge è assoluta, e l'interprete non può introdurre nel testo una distinzione che non vi è (1); tanto più perchè trattasi di un'azione che la legge ammette eccezionalmente contro una presunzione propria d'ordine pubblico; ond'è che tutte le condizioni dalla legge medesima apposte all'esercibilità di tale azione, tra le quali è appunto quella del termine entro cui è concesso al marito di poterla promuovere, sono necessariamente *di rigore*. D'altra parte, quando la legge fissa il punto di partenza del termine pel disconoscimento, nel ritorno del marito, assente al tempo della nascita del figlio, in uno dei luoghi dalla legge medesima indicati; essa si fonda sopra una *semplice probabilità* che, tosto dopo quel ritorno, il marito

(1) V. Laurent, t. III, n. 446.

possa essere informato del fatto. È *una presunzione* che la legge stabilisce, argomentando da quello che d'ordinario accade. Questa presunzione non ammette, di sua natura, prova in contrario; poichè sul fondamento d'essa, e quando sia trascorso il termine prefisso, la legge *nega l'azione in giudizio* (arg. art. 1353 cod. civ.). E guai se fosse altrimenti, se alla presunzione si volesse sostituire la certezza! Si porterebbe al contrario una incertezza fatale nello stato delle persone; ciò che i più vitali interessi della famiglia e della società esigevano assolutamente che si evitasse. D'altronde, ad ovviare quanto si potesse ai casi ne' quali la notizia della nascita del figlio non giungesse così immediatamente al marito dopo il suo ritorno, la legge ha provveduto abbastanza collo stabilire un termine di tre mesi, entro il quale è quasi certo che nella massima parte dei casi la presunzione si avvererà. Anche al marito che sia *presente* nel luogo della nascita del figlio può accadere, quantunque assai più raramente, che in fatto egli ignori il parto della moglie sua. Pure chi vorrebbe sostenere che allora lo spirare dei due mesi dalla nascita del figlio non portasse a carico del marito la decadenza dall'azione in disconoscimento? Vi osterebbe troppo manifestamente il testo del § 1° dell'art. 166, e la ragione. Ora non v'ha differenza sostanziale di testo nè di ragioni pel caso del marito ritornato dall'assenza. Certamente sì nell'uno che nell'altro caso potrà verificarsi talora che il marito abbia modo di difendersi contro l'oppostagli decadenza dall'azione, provando che *fraudolentemente gli si sia tenuta celata la nascita del figlio.* E come trattasi di un punto di fatto, da apprezzarsi dall'autorità giudicante, e che può essere provato anche col mezzo di *presunzioni*, così potrà bene avvenire, secondo le circostanze, che anche il solo *fatto negativo* del non essersi partecipata al marito la nascita del figlio nato durante l'assenza di lui, sia giudicato bastante a provare l'*occultazione*, per la quale l'azione in disconoscimento

non decorrerà più fuorchè dal giorno in cui il marito abbia avuto conoscenza positiva della nascita del figlio, secondochè dispone il § 3° dell'art. 166. Ma allora non sarà più la semplice *non presenza* del marito al tempo della nascita del figlio, ma un altro fatto diverso e più grave, che formerà base all'invocazione di un termine maggiore da parte del marito che esercita il disconoscimento. Conchiudiamo dunque che dal ritorno del marito in uno dei luoghi indicati dal § 2° dell'art. 166, deve *sempre* decorrere il termine perentorio di tre mesi pel disconoscimento.

Ma sarà poi *unicamente* da quel ritorno che potrà decorrere il termine? È questo il secondo quesito, nel quale si suppone che all'azione intentata dal marito prima della scadenza dei tre mesi dopo il suo ritorno, si opponga da parte del figlio che la decorrenza di quel termine abbia dovuto cominciar prima, perchè anche durante la sua lontananza il marito abbia avuto notizia della nascita del figlio medesimo. Però la soluzione è ancor più facile. Lo scopo del termine essendo di lasciar tempo al marito, non tanto per prendere conoscenza del fatto, quanto per consigliarsi sulla convenienza di promuovere il giudizio e per raccogliere i mezzi di prova necessari; e quest'ultimo fine non potendosi ottenere opportunamente fuorchè al ritorno del marito stesso nei luoghi dove appunto potrà ricercare quelle prove e prepararsi alla lotta, è chiaro che il termine dei tre mesi *non potrà decorrere mai fuorchè dal ritorno* del marito, quand'anche si provasse ch'egli fosse stato prima avvertito della nascita del figlio (1). D'altronde sta anche qui a suffragare questa massima il testo generale ed assoluto della legge, nel quale perciò sarebbe arbitrario l'introdurre distinzioni.

---

(1) V. Zachariae, § 546 *bis*, pag. 268, nª 8; Demolombe, t. V, n. 140; decisione 18 aprile 1882 della Corte di cassazione di Torino (*Foro It.*, VII, I, 853).

Per altro se fosse provato che il marito, sciente della nascita del figlio, si fosse trattenuto in luogo vicino a quelli indicati nell'al^a^. 2° dell'art. 166, allo scopo appunto di prolungare il tempo utile a reclamare, potrebb'essergli opposta ugualmente la decadenza, da cui non gioverebbe certo a salvarlo la frode da lui adoperata.

53. Il marito deve proporre giudizialmente la sua domanda " entro tre mesi dopo scoperta la frode, quando " gli si fosse tenuta celata la nascita „. È il testo dell'al^a^. 3° dell'art. 166. Pochi cenni basteranno intorno a questo argomento.

Il fatto che dà luogo a prolungare il termine ordinario di due mesi infino a tre, consiste qui nell'*essersi tenuta celata al marito la nascita del figlio.*

Questo celamento può risultare tanto da *fatti positivi,* diretti a rimuovere le occasioni ed i mezzi, pei quali il marito avrebbe potuto giungere alla conoscenza dell'avvenuto, quanto da *fatti negativi,* consistenti nell'astenersi di proposito dal somministrare al marito quelle notizie, per le quali avrebbe potuto entrare sulle traccie di quell'avvenimento ed acquistarne poi la certezza. Il sottrarre alla conoscenza del marito queste notizie, alle quali egli ha interesse tanto grave e diretto, costituisce una frode che ha la stessa immoralità e gli stessi effetti di quella che consista in fatti positivi di occultazione. Il decidere se si verifichino le condizioni costitutive di un celamento della nascita è quistione di fatto, dipendente dalle circostanze particolari dei casi, valutabili incensurabilmente dai tribunali. Il celamento stesso costituisce di per sè la *frode,* che è insita nel fatto, e non abbisogna di prove speciali ed apposite.

Quantunque l'occultazione della nascita del figlio sia generalmente opera della madre, che v' ha principale interesse, ciò però non forma un requisito necessario; e da qualunque persona provenissero i fatti costituenti il

celamento, il marito, a cui ne sarebbe derivata ugualmente la impossibilità di agire finchè rimaneva in quella ignoranza del fatto della nascita, avrebbe pur sempre ragione e diritto di allegarla, per approfittare del termine concedutogli dall'art. 166, § 3°. Ma, all'opposto, se non vi fosse stato nessun fatto d'occultazione, il marito non potrebbe addurre d'avere ignorato il fatto della nascita, per godere del termine di tre mesi a contare dal giorno in cui ne avesse acquistato conoscenza.

Il termine di tre mesi decorre *dal giorno in cui il marito abbia scoperta la frode*. La determinazione di questo giorno è ancora una *questione di fatto*, abbandonata al prudente giudizio dei tribunali. È però necessario per poter dire veramente *scoperta la frode*, e lasciar quindi luogo alla decorrenza del termine, che il marito abbia acquistato *conoscenza positiva* del fatto della nascita del figlio. Un semplice sospetto non basterebbe.

54. Secondo le teorie esposte nei due numeri precedenti, affinchè il marito esercitando l'azione in disconoscimento possa sottrarsi alla *decadenza* che in via ordinaria deriva dal compimento di *due mesi dalla nascita del figlio*, e possa giovarsi del più lungo termine di tre mesi, è necessario il concorso di *due distinti ordini di condizioni*. Le une consistono *nei fatti* della non presenza del marito nel luogo della nascita, al tempo in cui essa avvenne, o dell'occultazione che di quella nascita siagli stata fatta. Le altre risguardano *al tempo;* richiedendosi che non siano trascorsi *tre mesi dal dì del ritorno* del marito, o *da quello in cui egli scoprì la frode*.

Or si domanda: sarà a carico del marito la prova sì di queste che di quelle, di guisa che, non riuscendo egli a somministrarla completa per amendue i capi, debba essere respinta l'azione? Oppure basterà che provi quei *fatti*, rimanendo poi a carico della parte convenuta di provare il fondamento della eccezione ch'essa opponga del decorso del

tempo, di provare cioè che il ritorno del marito o la scoperta della frode siansi verificati in tal tempo che già più di tre mesi siano decorsi al dì della introduzione del giudizio di disconoscimento? La questione non è tanto facile che non abbia divise le opinioni degli autori. La maggior parte di essi insegnano comprendersi nell'*onere della prova*, che secondo i principii spetta al marito siccome *attore* in giudizio, non solo i *fatti* della non presenza di lui al tempo della nascita del figlio, o del celamento fattogli di questa nascita, ma eziandio *il tempo del ritorno* dall'assenza o *della scoperta della frode*, per dimostrare che non sia trascorso il termine prescritto dalla legge sotto pena di decadenza (1). Nè può negarsi l'importanza delle considerazioni delle quali questa opinione può farsi appoggio. Quel termine non costituisce propriamente, come dimostrammo, una *prescrizione*, ma è una *condizione apposta dalla legge alla esercibilità del disconoscimento*. Ora i principii impongono a chiunque intenti un'azione, di provare, quando sia contestato, *ciascuno dei fatti giuridici che dell'azione medesima formano la base* necessaria; e poichè tra questi fatti giuridici trovasi compreso nella specialità di questa materia, anche l'essere stata introdotta l'azione prima dello spirare di certi termini computabili da dati avvenimenti dalla legge previsti, questo pure dovrà dunque essere uno degli oggetti della prova che sta a carico del marito come attore. Aggiungasi che il termine regolare per la introduzione del giudizio di disconoscimento è, come sappiamo, quello di *due mesi dalla nascita del figlio*; che quando, trascorsi questi due mesi, il marito intenti l'azione, pretendendo così al benefizio del maggior termine di tre mesi stabilito nei §§ 2 e 3 dell'articolo 166, egli viene ad invocare una *eccezione alla regola*; che pertanto dev'essere suo obbligo di darne colle oppor-

(1) V. Duranton, t. III, n. 86; Zachariae, § 546 *bis*, n.ª 15, 2.ª edizione Bruxelles; Demolombe, t. V, n. 143, 144; Aubry et Rau, t. VI, § 545 *bis*, n.ª 19, 4.ª ediz.; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 460, pag. 321.

tune prove la giustificazione, secondo la massima che *è sempre l'eccezione che dev'esser provata contro la regola*, non già la regola contro l'eccezione. D'altra parte come potrebbesi addossare al figlio, convenuto nel giudizio di disconoscimento, l'onere di provare *il tempo in cui precisamente il marito sia venuto a scoprire la frode* fattagli? A lui ciò riuscirebbe il più delle volte impossibile. E quando poi il figlio persistesse nel fondare la propria difesa sulla *negazione del celamento della nascita*, addotto dal marito per giovarsi del più lungo termine al disconoscimento, diverrebbe assurdo perfino il supporre che a carico del figlio medesimo potesse stare l'onere della prova d'un fatto contrario alle sue allegazioni. Nè si opponga la solita obbiezione; che *niuno possa essere tenuto a provare la negazione d'un fatto* perchè ciò sarebbe impossibile; e che appunto si costringerebbe il marito alla *prova di un fatto negativo*, esigendo ch'egli dimostrasse *di non aver scoperta la frode prima d'un dato momento*. Il principio per sè non è vero; poichè, se l'*impossibilità di eseguire un'obbligazione esonera l'obbligato da qualunque responsabilità per l'inadempimento* (ed è questo il vero senso dell'aforismo, *ad impossibile nemo tenetur*), non può dirsi altrettanto che l'*impossibilità che in un caso speciale si verifichi, d'una condizione a cui sia subordinato l'esercizio d'una facoltà*, dispensi da quella condizione; nè può ammettersi che l'impossibilità per una delle parti di somministrare la prova che starebbe a suo carico, le dia diritto di esser creduta senz'altro nella sua affermazione di quel fatto, o di riversare sull'altro contendente l'onere della prova contraria. Oltre di che non è sempre impossibile il provare la negazione di un fatto; anzi il più spesso è vero l'opposto, potendosi escludere un fatto determinato colla prova d'un fatto positivo contrario. L'impossibilità di provare la negazione d'un fatto, non sussiste veramente fuorchè quando esso *non sia abbastanza determinato*. Ora sarebbe egli forse così indeterminato il fatto che dovrebb'esser provato dal marito, per dimostrare d'essere

ancora entro i termini nei quali può intentare eccezionalmente l'azione in disconoscimento secondo i paragrafi secondo e terzo dell'art. 166? Lo sarebbe veramente se si trattasse di provare che *prima d'un dato momento non ebbe mai a scoprire la frode* che gli si era fatta occultandogli la nascita del figlio. Ma, come avverte ottimamente uno dei propugnatori dell'opinione che ora riferiamo, non è questo che si chiede al marito. Si vuole soltanto da lui la prova che *quei fatti che egli stesso allega avergli arrecata la conoscenza della nascita del figlio si sono verificati meno di due mesi addietro* (1). Evidentemente vi ha tutt'altro qui che indeterminazione di fatti, tutt'altro che impossibilità di provarli.

Come si scorge, gli argomenti, ai quali si raccomanda quest'opinione, sono ben gravi. Tuttavia la dottrina contraria è appoggiata anch'essa ad insigni autorità. Possiamo citare per prima quella del *Marcadé;* il quale si limita veramente a dire che " spetta al marito, s'egli voglia approfit" tare del più lungo termine, di *provare il suo allontana-" mento o l'occultazione della nascita* "; ma restringendo a ciò l'onere della prova pel marito, viene implicitamente ad escludere che egli debba inoltre provare il *tempo del suo ritorno o della scoperta della frode* (2). Il *Laurent* poi, aderendo alla massima consacrata in un arresto della Corte di cassazione francese, che pone la prova a carico del convenuto, ossia del *tutore speciale* (*curatore* secondo il codice nostro) *del figlio*, ne adduce ragioni che sembrano persuasive. Non è esatto, egli osserva, dire che il marito *invochi una eccezione* allorchè pretende di approfittare del più lungo termine concesso per l'azione in disconoscimento, nei casi di *non presenza* del marito o di *occultazione* della nascita del figlio. La legge stabilisce *termini diversi per differenti* casi, senza che siavi in questo nè regola, nè eccezione. Tutto

---

(1) Zachariae, l. c.
(2) V. Marcadé, art. 317, § II, t. II, n. 20.

riducesi dunque a vedere *se, in qualunque dei casi in cui il marito si trovi, gli sia necessario il provare d'essere ancora in tempo utile.* Ora i principii insegnano che chi intenta un'azione ha l'onere di provare unicamente *il fondamento della propria domanda.* E il termine entro cui l'azione debba essere intentata non ne costituisce certamente il fondamento; ma dà luogo soltanto ad una *eccezione opponibile dal convenuto,* il quale a sua volta ha il carico di provare il fondamento della eccezione di cui egli intenda giovarsi, di provare cioè che il *termine è trascorso* (1). Dello stesso avviso è anche il *Borsari*; il quale dopo aver detto che la prova della occultazione del parto è di rigore e di tutta necessità, continua poi notando come " provata dall'attore la frode di cui è stato vittima, " egli darà anche una certa dimostrazione del tempo ", ma, soggiunge, " *il momento della scoperta per respingerlo come* " *decaduto dall'azione* spetta al suo avversario " (2).

Questa osservazione dell'illustre autore non manca certo di molta importanza. Accadrà il più spesso, per quanto concerne il caso di occultazione della nascita del figlio al marito, che questi esercitando l'azione in disconoscimento dopo il termine dei due mesi, e costretto, dall'oppostagli eccezione di decadenza, a provare i fatti costituenti quella occultazione, venga anche a provare contemporaneamente il momento della scoperta della frode che con quei fatti avrà facile colleganza. Ma non può negarsi esser anche possibile che il marito riesca a provare completamente i fatti costituenti l'occultazione della nascita, senza che però ne risulti accertato precisamente il tempo in cui gli sia riuscito di scoprire la frode. Questo poi non è che uno dei casi in cui può prodursi la questione. Avvi anche l'altro della *non-presenza* del marito; e può concepirsi benissimo che egli abbia provato perfettamente d'essere stato non

---

(1) V. Laurent, t. III, n. 445.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 166, § 412, A) II, pag. 6:3.

presente al tempo della nascita del figlio, senza avere fatta per questo nessuna dimostrazione circa il *tempo del suo ritorno*, che sarebbe il punto di decorrenza del termine. Anzi non è veramente nemmen necessario ricorrere a queste ipotesi del più lungo termine; che anche pel termine ordinario di due mesi, può presentarsi la stessa questione, dell'essere o no a carico del marito la prova del punto di decorrenza di esso. Ciò non accadrà mai, ben si intende, allorchè il figlio, del quale s'impugna la filiazione paterna, appoggi il proprio stato legittimo all'atto di sua nascita; poichè quest'atto, che dovrà necessariamente esser prodotto dal marito attore, somministrerà la prova legale del *giorno della nascita*, da cui il termine comincia. Ma può essere ricevibile l'azione in disconoscimento quantunque il figlio non abbia in proprio favore *il titolo*, ma solo il *possesso di stato;* nel qual caso non vi è prova legale del tempo della nascita. Potrebbe dunque domandarsi anche qui se simile prova dovrebbe esser fatta dal marito, per dimostrare d'essere ancora nel termine utile dei due mesi per esercitare la detta azione. In tutti questi casi ugualmente la questione è sempre la stessa; se, pei principii generali circa l'onere della prova, spetti esso all'attore anche quanto a stabilire che non sia trascorso il termine che gli porterebbe decadenza dall'azione. E riputiamo doversi rispondere negativamente. I termini prefissi dall'art. 166 non costituiscono *vere prescrizioni*, ma semplici *cause di decadenza* dall'azione in disconoscimento, *motivate da ragioni intrinseche* all'azione stessa; lo abbiamo ammesso. Abbiamo pure riconosciuto che quei termini sono da riguardarsi come *condizioni apposte dalla legge all'esercibilità dell'azione*. Ma non bisogna esagerare nè scambiare le applicazioni che possono farsi di questo concetto. Quei termini possono equipararsi a condizioni, coll'osservanza delle quali soltanto l'azione sia esercibile, nel senso che il loro fondamento non sta propriamente, come per le prescrizioni vere, in una presunzione di tacito riconoscimento del diritto

altrui o di tacita rinunzia al diritto proprio, ma in ragioni intrinseche risguardanti l'azione stessa nei suoi caratteri e nei suoi effetti; che quindi la loro applicabilità non può soffrire limitazioni in causa dello stato personale in cui si trovi colui al quale competa l'azione, ma quand'anche il marito o l'erede del marito sia per qualunque causa civilmente incapace, il termine corre contro di lui, non meno di chi avesse piena capacità; allo stesso modo ch'egli dovrebbe subire gli effetti dell'inosservanza di qualunque altra condizione che all'esercizio dell'azione fosse apposta dalla legge. Ma tutto questo quale influenza potrebbe aver mai sulla questione della prova di cui ora trattiamo? Secondo i principii generali l'attore deve sempre, è vero, provare distintamente *ciascuno dei fatti giuridici che costituiscono essenzialmente il fondamento della sua domanda.* Ma tra questi è forse da annoverarsi, pel marito che agisce in disconoscimento, il non essere trascorsi i termini prescritti all'uopo dalla legge? O non è piuttosto il fatto contrario, dell'essere trascorsi quei termini, che costituisce *il fondamento necessario alla eccezione del convenuto*, che oppone la *decadenza* e la conseguente *irricevibilità* dell'azione? Così è veramente; che il termine, entro il quale soltanto possa esser promossa un'azione, quand'anche non abbia i caratteri d'una prescrizione, e per quanto debba considerarsi come indispensabile in ogni caso per l'esercibilità della azione medesima, di guisa che da nessuno e per niuna causa possa essa venir promossa mai dopo trascorso quel tempo, non è però possibile risguardarlo come *uno dei fondamenti essenziali dell'azione.* Si presuppone anzi necessariamente che concorrano tutti i requisiti essenziali per dar vita giuridica e perfetta attività all'azione, allorchè si stabilisce il tempo entro il quale se ne circoscrive l'esercibilità. E poichè l'attore non ha altro carico fuorchè di provare i *fatti giuridici che costituiscono essenzialmente il fondamento della sua domanda*, non avrà dunque l'obbligo di *escludere che sia trascorso il termine*, entro il quale gli è concesso di

agire. L'inosservanza di questo termine, se mai siasi avverata, essendo una *causa di decadenza* dall'azione, offre al convenuto un *mezzo di eccezione* per difendersi contro la domanda dell'attore. E poichè, *reus excipiendo fit actor*, e il convenuto deve quindi a volta sua *provare i fatti giuridici che formano base delle eccezioni ch'egli oppone*, spetterà pertanto a lui di provare che *sia spirato il termine* entro cui l'azione poteva essere utilmente intentata.

Per l'opinione contraria si vuol trarre argomento, come abbiamo veduto, dal carattere di *eccezione* che rivestono i termini concessi al marito nei casi di assenza di lui o di occultazione della nascita, in confronto del termine ordinario stabilito pel caso di *presenza del marito;* e dal principio che *chi allega un'eccezione debba sempre provarla contro la regola*. Ma abbiam pure riferito la risposta data a questo proposito dal *Laurent*, la quale ci sembra decisiva. I termini che la legge ha stabiliti pei diversi casi di presenza o di assenza del marito o di occultazione della nascita, non costituiscono, l'uno relativamente all'altro, nè regola, nè eccezione; ma tutti sono altrettante regole varie per casi differenti. Questa osservazione giustissima distrugge la base dell'argomentazione avversaria. Oltre a ciò, quale illazione potrebbe mai trarsi da questo carattere di regola o di eccezione, che vorrebbesi rispettivamente attribuire ai diversi termini stabiliti dalla legge per l'azione in disconoscimento; mentre, come abbiam veduto, per quello stesso termine più breve, che si direbbe costituire la regola, potrebbesi pure presentare la quistione, se sia a carico del marito attore, o del figlio, convenuto, la prova relativa all'essere pendente o trascorso il termine utile per promuovere l'azione? Si obbietta ancora, che la prova di cui vorrebbesi aggravare la parte convenuta, riuscirà per lei il più delle volte impossibile. Perchè mai ciò? Non può esservi una impossibilità vera a provare *fatti determinati*, che quand'anche siano *personali ad altri*, hanno però sempre manifestazioni esteriori. Potrà esservi una difficoltà più o meno grande;

minima certamente quando si tratti di provare *il tempo del ritorno del marito assente;* maggiore, per verità, quando invece si tratti di provare il *tempo in cui il marito abbia scoperta la frode* colla quale gli si celava la nascita del figlio. Ma questa stessa non potrà poi considerarsi come una difficoltà gravissima, quando si ponga mente che non è il fatto personale ed interno della scienza del marito sulla nascita del figlio, ma sono *i fatti estrinseci che debbono presumibilmente avere prodotta in lui quella conoscenza* che avranno a formare oggetto della prova. Ad ogni modo poi la parte a cui, secondo i principii, debba spettare l'obbligo della prova circa un determinato fatto, non può certamente esserne esonerata per la difficoltà, quale che essa sia, di produrla; mentre, come abbiamo sopra notato, un simile effetto non potrebbe attribuirsi nemmeno all'impossibilità vera di somministrare la prova richiesta.

Si oppone, in fine, che qualora il convenuto persistesse nel *negare il celamento* della nascita, sarebbe porlo in contraddizione con sè stesso di costringerlo a provare *che il marito avesse scoperto la frode* di quel celamento. Ma la forza di questa obbiezione è più apparente che reale. Accadrà in questo come in tanti altri casi, nei quali le allegazioni e le conclusioni delle parti, e conseguentemente anche i fatti a cui le appoggiano e le prove che di questi fatti somministrano, vengono proposte alcune in modo principale, ed altre in modo sussidiario. Così, nel caso nostro il convenuto potrà difendersi in modo principale col negare che la nascita sia mai stata celata al marito, e combattere le prove addotte da quest'ultimo in proposito di tale celamento od opporvi controprove, e conchiudere conformemente; e potrà tuttavia sostenere contemporaneamente, in via sussidiaria, che in ogni caso il marito avrebbe almeno avuta certamente notizia della nascita, ed avrebbe quindi scoperta la supposta frode, più di tre mesi prima ch'egli intentasse l'azione, articolare i fatti relativi a quest'allegazione, somministrarne

le prove, e conchiudere di conformità, in modo sempre sussidiario. In tutto questo, non vi ha certo alcuna contraddizione tra le allegazioni della parte e le prove che essa sarebbe obbligata a fare; come agli opinanti in contrario parrebbe che vi fosse.

Così pertanto, da qualunque parte si guardi, sembrano confermate le massime seguenti:

1° Il marito che intenta l'azione in disconoscimento non ha, in principio, altra prova a fare fuorchè del fondamento della sua domanda, in virtù dell'esistenza di qualcuna delle cause per le quali la legge l'autorizza a fare richiamo;

2° Se al marito si opponga dal convenuto la decadenza dall'azione in forza del disposto dall'al[a]. 1 dello art. 166, e l'attore contesti questa eccezione, spetta al convenuto medesimo di provare che al tempo della introduzione del giudizio fossero spirati *due mesi dal giorno della nascita del figlio;*

3° Se il trascorrimento del termine ordinario di due mesi non sia contestato, o in caso di contestazione, sia provato dal convenuto, l'attore, che voglia tuttavia difendersi contro l'eccezione di decadenza dall'azione, ha l'onere di dimostrare l'inapplicabilità di quel termine; provando che *al tempo della nascita del figlio egli era assente*, o che *la nascita stessa gli fu fraudolentemente occultata;*

4° Fatta una tal prova dall'attore, o quando questi fatti da lui allegati non siano contestati dal convenuto, spetta poi a quest'ultimo a sua volta l'onere di provare che il ritorno del marito, che era assente al tempo della nascita del figlio, o la scoperta da lui fatta della frode con cui quella nascita gli era stata occultata, siano avvenuti in tempo anteriore di più di tre mesi all'introduzione del giudizio.

L'importanza delle quali massime è per sè evidentissima, principalmente per la conseguenza derivante sempre

necessariamente dall'obbligo della prova, che incomba ad una delle parti contendenti; che cioè se questa non soddisfaccia pienamente un tale obbligo, debba esserne respinta la domanda o la eccezione.

Così dalle massime predette avremo questo risultamento: che *qualunque incertezza rimanga intorno all'essersi o no trovato presente il marito al tempo* della nascita del figlio, o *intorno all'essergli o no stata occultata questa nascita, debba risolversi in senso favorevole al convenuto*, ritenendo cioè applicabile al marito, per la decadenza dall'azione, il termine ordinario di due mesi dalla nascita del figlio; che all'opposto *qualunque incertezza rimanga intorno all'essere o no realmente trascorsi i termini di decadenza stabiliti dalla legge*, tra la nascita del figlio o il ritorno del marito dall'assenza o la scoperta della frode, secondo i casi, e la promozione dell'azione in giudizio, *debba risolversi in senso favorevole all'attore*, ritenendolo cioè *non decaduto dall'azione*.

55. Per esaurire ciò che risguarda le norme speciali regolatrici dei termini per proporre l'azione in disconoscimento, ci resta a parlare di quello che la legge assegna agli eredi del marito. Intorno a che dispone l'art. 167 nei seguenti termini:

" Se il marito muore senza aver promossa l'azione,
" ma prima che sia decorso il termine utile, gli eredi
" avranno due mesi per impugnare la legittimità del
" figlio, computabili dal tempo in cui egli sarà entrato
" nel possesso dei beni del defunto, o dal tempo in cui
" gli eredi fossero turbati dal figlio in tale possesso ".

L'intelligenza piena di questa disposizione suppone parecchi principii che abbiamo avuto cura di svolgere precedentemente, sia nelle nozioni preliminari sull'azione in disconoscimento, sia esponendo le teorie fondamentali di questa speciale materia, dei termini per promuovere quell'azione. Per poco che si esamini il testo che abbiamo

sopra trascritto, è facile infatti il riconoscere com'esso si riferisca ai caratteri proprii dell'azione in disconoscimento, in quanto sia esercitata dagli eredi del marito; all'indole *puramente pecuniaria* dell'interesse che le dà fondamento ed all'esser essa *inerente all'eredità* del marito; al non potersi quindi esercitarla dagli eredi se non quando il marito stesso, non essendosene volontariamente spogliato nè avendola per causa alcuna perduta, l'abbia lasciata a formar parte integrante della propria eredità, e quando d'altra parte gli eredi essendo in qualche modo molestati nel possesso dei beni ereditari, che loro appartiene di diritto, abbisognino di *difendere questo possesso col mezzo dell'azione in disconoscimento*. Su tutto ciò non ritorneremo ora con inutili ripetizioni; bastando il riferirci a quanto ne fu detto nei luoghi opportuni.

Tuttavia, prima di entrare nella trattazione speciale di ciò che strettamente concerne il termine dato dalla legge agli eredi del marito, per intentare l'azione in disconoscimento, ci accade di fare una osservazione suggerita dal testo che ora dobbiamo esaminare; la quale, pur ricevendo piena luce dalle teorie generali a cui ci riferimmo, è però necessaria a completarle. L'articolo dice potersi impugnare dagli eredi del marito la legittimità del figlio " se il marito muore *senza aver promossa l'azione*, " ma *prima che sia decorso il termine utile* „. Ora, può domandarsi, è dessa *tassativa* o *dimostrativa* soltanto la indicazione che la legge fa di questo caso? In altri termini: gli eredi potranno *soltanto promuovere* l'azione non *intentata ancora* dal loro autore e tuttora aperta, ma non potranno *continuare l'azione* che dal marito stesso fosse stata in sua vita iniziata? E se poi debbasi ritenere puramente *dimostrativa* la formola del nostro articolo, che quindi lasci facoltà agli eredi di *riprendere l'istanza* in disconoscimento che dal marito fosse già stata introdotta, subentra ancora quest'altro quesito: gli eredi potranno anche, a loro scelta, abbandonando l'istanza promossa

dall'autor loro, riserbarsi l'azione per esercitarla più tardi, qualora venissero molestati dal figlio nel possesso dei beni ereditari?

Gli autori che hanno prevista la prima delle proposte questioni, si sono trovati d'accordo nel risolverla in senso favorevole agli eredi.

" Se il marito è morto dopo avere proposta in giudizio " la sua azione, entro il termine utile, *gli eredi continuano l'istanza e si applicano allora le disposizioni del* " *codice di procedura relative alla ripresa d'istanza* (1).

" I termini della legge: *Se il marito è morto prima di* " *aver fatto il suo richiamo*, sono *puramente enunciativi*. " Non vi ha dubbio che *gli eredi del marito possono continuare l'istanza in disconoscimento da lui introdotta*, e " che *il convenuto può, finchè quest'azione sussiste, opporre* " *l'eccezione di litispendenza* alla nuova domanda ch'essi " intentassero „ (2).

Questa massima è dessa veramente accettabile in un senso così generale ed assoluto, come è enunciata dai citati autori? Si presenta facilmente al pensiero in questo proposito la distinzione tra il caso in cui il figlio non sia entrato in possesso dei beni del defunto, nè abbia in guisa alcuna turbato il possesso degli eredi, e il caso opposto nel quale gli eredi soffrano molestie da parte del figlio che accampi la propria qualità di legittimo. In quest'ultima ipotesi il figlio stesso col fatto proprio avrebbe risvegliato l'*interesse pecuniario* degli eredi, quello che solo può attribuire a loro il diritto di agire. Nella prima al contrario un tale interesse pecuniario non sarebbe ancora stato toccato in nessun modo. Questa distinzione non avrà forse sul proposto quesito nessuna influenza per farlo risolvere in diverso senso, secondochè si faccia l'una o l'altra di quelle supposizioni? Vediamolo. Gli eredi, per

---

(1) V. DURANTON, t. III, n. 90.

(2) V. ZACHARIAE, t. II, § 546 *bis*, n^a^ 20, 2^a^ ediz. Bruxelles; DEMOLOMBE, t. V, n. 120; AUBRY et RAU, t. VI, § 545 *bis*, n^a^ 11, 4^a^ ediz.

continuare l'istanza in disconoscimento introdotta dall'autor loro, debbono necessariamente addurre o la rappresentanza che loro appartiene del defunto, o il diritto proprio che hanno a quel disconoscimento in virtù della legge. Per la prima di queste ragioni non potrebbesi certamente attribuire ad essi la facoltà di continuare l'istanza. Gli eredi, succedendo in tutti i diritti e in tutte le azioni del defunto, subentrano pure generalmente nella posizione giuridica ch'egli si era fatta coll'intentare una lite. Ma ciò deve intendersi limitatamente a quelle azioni che per la natura loro non si estinguono colla vita di chi le abbia promosse; chè le altre essendo *essenzialmente intrasmissibili agli eredi*, è ovvia eziandio la impossibilità per questi di continuarne l'esercizio. Ora l'azione vera in negazione di paternità, che presso il marito appartiene essenzialmente all'ordine morale, è in questo aspetto appunto *intrasmissibile* agli eredi; ai quali essa non passa fuorchè trasformata in un' *azione puramente pecuniaria*. Non sarebbe dunque ammissibile che gli eredi potessero, giovandosi della rappresentanza che hanno del defunto loro autore, continuare una istanza ch'egli fondava sopra un *interesse morale*, un'azione che appunto per questa ragione ed in questo aspetto deve riguardarsi come estinta insieme alla vita dell'autore stesso; mentre gli eredi non hanno la rappresentanza e continuazione giuridica della persona del defunto, non succedono nei diritti e nelle azioni di lui, se non *nei rapporti pecuniari soltanto*.

Resta che gli eredi adducano invece il diritto che la legge attribuisce direttamente ad essi in questa qualità, per disconoscere il figlio. Ma allora sappiamo che quel diritto non è loro concesso fuorchè come fondato sopra un *interesse pecuniario*, come mezzo necessario per difendere i loro diritti ereditari minacciati dalle pretensioni del figlio. La distinzione tra l'essere o no reclamati da quest'ultimo i diritti di successione trova dunque qui una applicazione molto naturale.

Se gli eredi del marito hanno di fatto il possesso dei beni da lui lasciati, nè vi sono molestati in nessun modo dal figlio, non pare davvero che abbiano facoltà di riprendere l'istanza in negazione di paternità stata introdotta dal marito; essi che non possono dirsi succeduti a lui nell'*azione di negazione di paternità*, se non sotto la condizione indispensabile della esistenza d'un *interesse pecuniario legittimo ed attuale*, che manca assolutamente allorchè il figlio non reclama in nessun modo i diritti ereditari. Vi è veramente chi pensa che gli eredi del marito *debbano essere ammessi ad agire contro il figlio anche prima d'essere stati da lui turbati nel possesso della eredità*, e di questa opinione è appunto il *Zachariae* (1); onde si comprende come questo autore sia perfettamente coerente nel ritenere che gli eredi abbiano facoltà di continuare, se introdotta già dal loro autore, quella istanza ch'essi potrebbero fin d'ora promuovere di nuovo per diritto proprio. Ma poichè, come vedremo in un numero successivo, questa massima non pare ammissibile, così non la sarebbe nemmeno l'altra che ne conseguirebbe.

Se invece gli eredi del marito sono molestati nel possesso della eredità dalle pretensioni accampate dal figlio nella presunta sua qualità di legittimo, appare giustificato che, l'azione in disconoscimento essendo resa in loro favore esercibile dallo svilupparsi di quell'interesse pecuniario che ne costituisce il fondamento legittimo, abbiano diritto di far valere quell'azione, continuando l'istanza già promossa dal loro autore, piuttostochè instaurare un nuovo giudizio. Si opporrà forse che l'azione concessa agli eredi non è più quella che apparteneva al marito defunto, la quale essendo rimasta estinta col cessare della vita di lui, non possa quindi esser caso di proseguire il giudizio nel quale era stata intentata? Ma abbiam già visto come sarebbe erroneo il concetto di un'*azione nuova*

(1) V. Zachariae, t. II, § 546 *bis*, nª 22, 2ª ediz. Bruxelles.

che sorgesse per benefizio di legge a profitto degli eredi; abbiamo osservato come sia veramente *la stessa azione spettante già al marito che viene trasmessa da lui ai suoi eredi, salvo che in questo passaggio, e per effetto dello stesso aprirsi della successione, quell'azione si trasforma quanto al carattere morale che aveva dapprima, divenendo invece puramente pecuniaria.* Ora questa semplice modificazione nell'indole dell'interesse che dà fondamento all'azione, quando d'altronde questo interesse si verifica in realtà attualmente, non può bastare ad impedire che gli eredi continuino nel giudizio già intrapreso dal loro autore, per esercitare quell'azione nella quale gli succederono e che è sostanzialmente la stessa da lui intentata. L'opinione dei signori *Duranton*, *Zachariae* e *Demolombe* parrebbe dunque da ammettersi con questa limitazione: che gli eredi del marito potessero continuare l'istanza da lui introdotta, solamente quando il figlio *fosse entrato nel possesso dei beni del defunto, od avesse turbati gli eredi medesimi in tale possesso.*

Da ciò risulta pure la risposta da darsi all'altra parte del proposto quesito; se cioè gli eredi potrebbero, a loro scelta, abbandonando l'istanza promossa dall'autor loro, conservare tuttavia l'azione ed esercitarla in un nuovo giudizio. Se il figlio non avesse reclamati i diritti ereditari, non potendo gli eredi continuare l'istanza intentata dal marito, conserverebbero intatta la loro azione pecuniaria, pel caso in cui più tardi venissero molestati dal figlio nel possesso dei beni lasciati dal defunto. Qualora invece il figlio, prendendo il possesso di quei beni o turbandolo in danno degli eredi, avesse dato impulso a quell'interesse pecuniario che costituisce il fondamento legittimo della loro azione, e *ciò fosse avvenuto mentre sussistesse ancora nei suoi effetti giuridici la domanda in disconoscimento introdotta dal marito;* potendo allora gli eredi esercitare l'azione stessa continuando il giudizio promosso dall'autor loro, spetterebbe corrispon-

dentemente alla parte, che fosse convenuta in un nuovo giudizio coll'azione in disconoscimento, il diritto di opporre la *eccezione di pendenza di lite*, come giustamente osserva nel citato luogo il *Zachariae*. Se l'istanza fosse caduta in *perenzione* prima che la successione del marito si aprisse, l'annullazione che ne sarebbe seguìta di tutta la procedura, lascierebbe luogo in favore del figlio ad invocare la decadenza dall'azione per effetto dei brevi termini stabiliti dall'art. 166; e da ciò deriverebbe che nemmeno gli eredi potessero più impugnare la legittimità del figlio medesimo (art. 167 cod. civ.). Se poi l'istanza fosse rimasta perenta dopo, avendo gli eredi trascurato di continuare il giudizio, mentre lo avrebbero potuto per essere stati molestati dal figlio nel possesso dei beni ereditari, o se gli eredi stessi avessero *rinunziato agli atti del giudizio*, l'annullamento che subirebbe anche in questi casi la procedura, avrebbe per effetto di rendere opponibile in favore del figlio agli eredi del marito, il breve termine stabilito dall'art. 167 e la conseguente decadenza dall'azione.

Occupiamoci ora di ciò che più particolarmente e strettamente risguarda il termine concesso dalla legge agli eredi del marito, per intentare l'azione in disconoscimento. È evidente innanzi tutto, che questo termine non è già da considerarsi come una *continuazione* di quello entro il quale l'azione avrebbe dovuto esser promossa dal marito; di guisa che se, per esempio, il marito fosse morto un mese dopo la nascita del figlio, non rimanesse agli eredi che un mese solo per promovere l'azione (1). A tale idea sarebbe infatti contrario il testo della legge, che concede *un nuovo termine agli eredi* quando il marito sia morto senza aver promossa l'azione ma *prima che fosse decorso per lui il termine utile*. Epperò, secondo il senso proprio e naturale di questa espressione, basta che il marito sia

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 87; Demolombe, t. V, n. 147.

morto *entro il termine* assegnatogli per l'esercizio della azione a lui competente, sia pure nell'ultimo giorno di quel termine, perchè quell'azione trasmettendosi agli eredi, godano essi del beneficio di tutto il termine che a loro particolarmente è concesso. Ciò, d'altra parte, è conforme anche ai motivi della legge; poichè altrimenti non sarebbe raggiunto lo scopo di fare sì che gli eredi abbiano agio sufficiente per informarsi dei fatti, consigliarsi sulla convenienza di promuovere l'azione e raccogliere i mezzi di prova; il che tutto richiederebbe anzi forse in loro favore un tempo più lungo, trattandosi di fatti personali al marito defunto ed estranei ai successori.

55 *bis*, I. Il termine assegnato agli eredi è poi costante; cioè si limita sempre, senza distinzione di casi, a *due mesi*, partendo dal tempo indicato nell'articolo 167. Abbiamo veduto che all'opposto pel marito, nei casi in cui egli sia stato nella impossibilità di agire, per la non presenza sua nel luogo della nascita allorchè questa avvenne, o per essergli stata celata con frode la nascita stessa, avvi una *sospensione del termine*, finchè non sia cessata la impossibilità di agire; e il tempo è poi prolungato di un mese. Nulla di ciò è applicabile al termine prefisso per l'esercizio dell'azione degli eredi. Per essi veramente sarebbe impossibile che il celamento della nascita fosse causa di sospensione del termine per fino a che non fosse scoperta la frode; poichè si tratta di un termine che non decorre fuorchè da quando *il figlio abbia manifestate le sue pretensioni direttamente contro gli eredi*, turbandoli nel possesso dei beni del marito defunto ed allegando la qualità di figlio legittimo di lui. Ma ben potrebbe darsi che gli eredi fossero stati lontani dal luogo della nascita del figlio e da quello del domicilio del loro autore, cominciando da prima che avvenisse la morte di quest'ultimo fino a dopo compiuti i due mesi dal giorno in cui il figlio si fosse posto in possesso dei beni ereditari,

od avesse turbato il possesso degli eredi. La condizione delle cose sarebbe invero perfettamente analoga a quella che si verifica pel marito assente, giusta l'al^a. 2° dell'art. 166. Pure nè in questo, nè in qualunque altro caso d'*impossibilità di agire* per parte degli eredi del marito, potrebbesi mai far luogo in loro favore a veruna sospensione del termine di due mesi stabilito dall'art. 167 (1). La legge non ha potuto guardar con favore la concessione agli eredi della facoltà di impugnare lo stato legittimo del figlio, negando la paternità del marito, loro autore. Essa si è preoccupata soprattutto dell'interesse del figlio e della famiglia, nel moderare l'azione ammessa in via eccezionale, per combattere una presunzione legale tanto importante, che forma la base dello stato medesimo di famiglia. Perciò essa non concede agli eredi fuorchè un termine uguale al più breve dato al marito, nè ammette che quel termine possa mai per niuna causa essere prolungato; perciò ancora fa decorrere invariabilmente il termine stesso dal giorno in cui le pretensioni del figlio al suo stato legittimo siansi manifestate sui beni della eredità del marito, mediante il possesso presone da quello, o mediante la turbativa del possesso degli eredi. Da quel giorno non si vuole che trascorrano più di due mesi senzachè la sorte del figlio si decida, o iniziandosi contro di lui l'azione per impugnarne la filiazione paterna, o imponendosi su di ciò agli eredi perpetuo silenzio. Lo spirito non meno del testo della legge si oppone dunque assolutamente a potersi applicare per analogia a favore degli eredi quella sospensione del termine in causa d'assenza, che è ammessa dall'art. 166, al^a. 2°, a vantaggio del marito. Nè questo, che costituisce un'importante guarentigia per lo stato del figlio, arreca poi un ingiusto danno agli eredi; poichè se questi saranno *assenti*, nel vero significato della parola, potranno agire per loro,

(1) V. Duranton, t. III, n. 88, 3°; Laurent, t. III, n. 448.

entro il prefisso termine, gli immessi in possesso dei loro beni; se invece saranno semplicemente *non presenti*, non avranno ad imputare che alla propria negligenza di non aver provveduto, prima di allontanarsi, alla cura de'proprii affari, lasciando un procuratore, che avrebbe pure potuto esercitare in loro nome quest'azione necessaria a difendere i loro interessi pecuniari.

55 *bis*, II. Quanto alla decorrenza del termine, l'articolo 167 ne stabilisce con precisione il momento, dicendo che, *per impugnare la legittimità del figlio, gli eredi avranno due mesi computabili dal tempo in cui egli sarà entrato nel possesso dei beni del defunto, o dal tempo in cui gli eredi fossero turbati dal figlio in tale possesso.*

Circa i motivi di questa disposizione non abbiamo che a rammentare quanto fu già dimostrato in altro luogo; come cioè sia essa una conseguenza necessaria del principio che l'azione degli eredi del marito pel disconoscimento non può fondarsi fuorchè *sull'interesse pecuniario, inerente all'eredità e consistente nella difesa di essa contro le pretensioni del figlio*, e che quell'interesse dev'essere *attuale*. Di vero, l'essere il figlio entrato nel possesso dei beni del defunto o l'avere turbato il possesso degli eredi, sono i soli fatti, nei quali si riscontri il concorso dei requisiti sopra indicati, necessari a costituire quell'interesse senza cui l'azione non potrebb'essere esercibile per gli eredi. Epperò è manifestamente giusto che quei due fatti siano pure *gli unici che la legge consideri come atti a far decorrere a carico degli eredi del marito il termine* per esercitare contro il figlio l'azione in negazione di paternità.

Ritenuta dunque come *tassativa* la disposizione della legge in questo proposito, resta di conoscere quali siano le condizioni necessarie affinchè possa dirsi verificata, nel senso della disposizione medesima, la *presa di possesso* dei beni ereditari da parte del figlio, o la *turbativa* in danno degli eredi.

55*bis*, III. Quanto alla presa di possesso da parte del figlio, poche avvertenze potranno bastare. È chiaro, innanzi tutto, pel testo stesso della legge, ed è poi confermato viepiù dai motivi di essa sopra ricordati, che non può intendersi qui di riferirsi a quel *possesso civile* dei beni del defunto che, indipendentemente da ogni materiale apprensione, passa *di diritto* nella persona dell'erede (art. 925 cod. civ.) e che perciò potrebbe sempre essere allegato dal figlio, in virtù della presunzione legale di filiazione paterna legittima che sta in suo favore, e dei diritti suoi conseguentemente presunti sull'eredità paterna. Intendendo l'espressione della legge in tal modo, sarebbe sempre l'aprimento della successione del marito che farebbe luogo alla decorrenza del termine; ciò che per certo non è nè può essere nelle viste della legge. Parlando del figlio che sia *entrato nel possesso* dei beni del defunto, essa vuole evidentemente riferirsi ad un *possesso di fatto*, che è effettivamente il solo che possa dar vita ad un reale ed attuale interesse degli eredi del marito a disconoscere il figlio. È indifferente, del resto, che il possesso sia preso dal figlio personalmente o in nome di lui da chi legittimamente lo rappresenti; è indifferente pure che quel possesso cada su tutti i beni della eredità o su una parte sola di essi.

Ma, affinchè questo possesso determini a carico degli eredi la decorrenza del termine ad essi prefisso per l'esercizio dell'azione in disconoscimento, sarà necessario che riunisca i requisiti, coi quali soltanto esso è ritenuto *legittimo*, secondo l'art. 686 cod. civile? Quei requisiti sono stabiliti dalla legge in relazione alla *prescrizione acquisitiva*, per la quale appunto è necessario un *possesso legittimo* (art. 2106 cod. civ.). È manifesto dunque come si pongano così a confronto due materie troppo disparate, per potere dai principii direttivi dell'una trarre argomenti per l'altra. Non trattasi pel figlio di acquistare colla prescrizione il dominio dei beni della eredità del

marito; ma di ottenere, *mediante il benefizio di un termine speciale, la decadenza* degli eredi dall'azione, colla quale avrebbero potuto impugnare il suo stato. Il possesso non deve servirgli come base di una prescrizione acquisitiva, ma come mezzo determinante la decorrenza di quel termine particolare. Non può dunque esservi parità di requisiti. Quelli di essi la cui necessità dipenda unicamente dalla specialità del fondamento e dei caratteri della prescrizione, non possono aver applicazione in questa materia del termine pel disconoscimento. Ad essa dovranno invece riguardarsi come comuni quelli, tra i requisiti della legittimità del possesso, senza i quali al possesso preso dal figlio sui beni lasciati dal marito mancherebbero i caratteri necessari per farne il punto di partenza del termine per gli eredi onde esercitare l'azione in disconoscimento. Tali caratteri consistono nell'essere questa presa di possesso una manifestazione esteriore della volontà del figlio, determinato a giovarsi dello stato di legittimità che per presunzione di legge gli appartiene; un effettivo esercizio, attuato sui beni della eredità del marito, degli attributi proprii di quello stato; un incitamento infine agli eredi stessi affinchè intentino tosto, se ne hanno ragioni e vogliono, l'azione in disconoscimento, della quale quel possesso preso dal figlio fa sorgere l'interesse pecuniario che dev'esserne fondamento. Così, tra i requisiti del possesso legittimo sta ch'esso debba essere *continuo, non interrotto, pacifico* (art. 686 cod. civ.). Ma queste condizioni risguardano specialmente al *possesso come fondamento della prescrizione;* nel quale aspetto è necessario che il possesso medesimo presenti tale stabilità ed uniformità, da giustificare la presunzione che a questo *stato di fatto*, in cui le cose abbiano durato per lungo tempo, *sia conforme anche il diritto.* Ora, tutto questo è evidentemente estraneo al possesso considerato nell'aspetto in cui lo riguardiamo ora noi, cioè come condizione il verificarsi della quale pone gli eredi del marito in necessità di eser-

citare entro un brevissimo tempo l'azione di disconoscimento contro il figlio, od altrimenti di decaderne.

Ma sono anche requisiti del possesso legittimo ch'esso sia *pubblico, non equivoco, e con animo di tener la cosa come propria* (d°. art. 686 cod. civ.). Or questi debbono pure considerarsi, secondo le massime sopra dimostrate, come applicabili al possesso esercitato dal figlio sui beni della eredità del marito per gli effetti dell'art. 167. È chiaro infatti che, *se il possesso non fosse tenuto dal figlio animo domini*, ma *a titolo precario*, non costituirebbe l'esercizio degli attributi dello stato di filiazione legittima sull'eredità paterna; *se fosse equivoco*, non ne emergerebbe accertato l'animo del possessore di giovarsi di quello stato facendone valere i diritti: *se non fosse pubblico* non potrebbe dirsi che valesse di avvertimento e stimolo agli eredi per esercitare la loro azione entro il breve tempo stabilito dalla legge.

55 *bis*, IV. Quanto poi alle turbative di possesso, che sui beni lasciati dal marito fossero state commesse dal figlio contro gli eredi del marito stesso, è naturale che non si debba procedere con molta severità nel giudicare dei caratteri delle molestie da cui si possa far dipendere la decorrenza del termine (1). Imperocchè, essendo nello spirito della legge di restringere entro limiti di rigore l'esercibilità di quest'azione, colla quale s'impugna la presunzione legale di paternità legittima del marito, è conseguente il dare un'estesa interpretazione alle disposizioni concernenti le cause, dalle quali si fa dipendere la decorrenza del breve termine estintivo dell'azione stessa. Tuttavia bisogna guardarsi dal trasmodare, abbondando, nel far luogo alla decorrenza del termine oltre quanto sia ragionevolmente conforme ai motivi della legge stessa. Da questi si trae, analogamente a

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 167, § 414, pag. 628.

quanto accennammo sopra in rapporto al possesso che sia effettivamente assunto dal figlio sui beni lasciati dal marito, che i caratteri della *turbativa*, necessari a farne il *punto di partenza del termine concesso agli eredi*, debbono consistere: 1° nell'esserne appalesato l'animo del figlio di giovarsi del presunto suo stato legittimo; 2° nel costituire quelle turbative uno sforzo diretto all'esercizio effettivo degli attributi di quello stato legittimo sui beni della eredità del marito; 3° nel risultarne un incitamento agli eredi a difendere i loro interessi nella eredità, col promuovere, entro il breve termine stabilito dalla legge, il disconoscimento del figlio. Sarà dunque seguendo queste norme, che si potrà risolvere nei casi speciali se siavi o no stata una *turbativa* sufficiente a far decorrere contro gli eredi del marito il brevissimo termine stabilito per loro dall'art. 167. Questione, del resto, s'intende, di puro fatto, da decidersi secondo le circostanze particolari, ma applicando i principii direttivi ora indicati.

Così, essendo necessario che l'atto, che vogliasi qualificare come turbativa, addimostri la intenzione del figlio di giovarsi del presunto suo stato legittimo, non v'ha dubbio che a derivarne la decorrenza del termine contro gli eredi, bisognerà che il figlio abbia recato loro molestia *nella qualità* appunto *di figlio legittimo* del marito, loro autore. E ciò deve ripetersi per identica ragione del possesso che il figlio assuma dei beni ereditari, che pure è da supporsi preso *in quella qualità* (1).

Così pure, dovendo la turbativa esser diretta allo scopo di *esercitare effettivamente gli attributi dello stato legittimo*, ed esercitarli *sui beni della eredità del marito*, ne segue che un qualunque atto, di qual si fosse indole e forma, che il figlio facesse anche direttamente verso gli eredi del marito, ed in cui manifestasse le proprie pretensioni alla legittimità, od anche domandasse giudizialmente che fosse

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 88, 1°.

dichiarata la sua qualità di figlio legittimo, ma senza turbare in nulla il possesso dei beni del marito defunto che fosse presso gli eredi, non potrebbe considerarsi a fronte di questi come una *turbativa*, nè quindi far decorrere in loro danno il termine di due mesi recante decadenza dall'azione che non sia stata entro quel tempo esercitata; imperocchè lo stato, legittimo o no, del figlio non li riguarda se non per gli effetti che possono derivarne in loro danno relativamente ai beni della eredità del marito, al quale sono succeduti. Come disse egregiamente il *Borsari:* " La legge ha determinato l'*interesse* " *degli eredi* in quei fatti del figlio che hanno relazione " *alla eredità ed ai beni;* è un caso di *gius singolare*, uno " di quei pochi nei quali non è lasciato all'arbitrio del " giudice apprezzare l'esistenza dell'interesse con norme " generali „ (1).

Finalmente, dovendo la turbativa porre gli eredi in necessità di difendere i loro diritti ereditari contro le pretensioni del figlio, e perciò appunto far decorrere contro di loro il termine ad intentare l'azione in disconoscimento, destinata a servire di mezzo per tale difesa, sarà dunque indispensabile che *gli atti costituenti la turbativa siano rivolti direttamente contro gli eredi stessi;* come risulta anche dal testo espresso dell'art. 167, che fa decorrere il termine di due mesi *dal tempo in cui gli eredi fossero turbati dal figlio* nel possesso dei beni ereditari. Per questa ragione fu giustamente ritenuto dalla dottrina francese, che non possa considerarsi come equivalente ad una turbativa, per gli effetti della decorrenza del termine, *la conoscenza che gli eredi abbiano delle pretese del figlio a farsi riconoscere come figlio legittimo del marito, e delle diligenze e degli atti ch'egli abbia fatto a tale scopo, senza dirigersi contro di loro* (2). E per le cose dette sopra,

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 167, § 414, pag. 628 in fine.
(2) V. Duranton, t. III, n. 88, 2.

questa massima dovrebb'essere applicabile quand'anche le ricerche, gli adoperamenti, gli atti del figlio avessero per oggetto i beni ereditari, e minacciassero quindi gli interessi degli eredi, finchè non avvenissero vere turbative di possesso dirette contro gli eredi stessi.

Osservati questi principii, non è da fare, pel resto, alcuna distinzione intorno alla specie della turbativa, sia essa *di fatto* o *di diritto* (1); nè per quest'ultima, sulla specie della reclamazione, sia essa *giudiziale* o *stragiudiziale, petitoria* o *possessoria;* nè in caso di reclamazione giudiziale, relativamente all'oggetto della domanda, consista esso principalmente nel rilascio dei beni ereditari, o questo non ne sia che parte accessoria (2). Così fu ritenuto che costituirebbero vere turbative, atte a far decorrere a carico degli eredi del marito il breve termine ad essi concesso pel disconoscimento del figlio, tanto un'azione diretta contro gli eredi pel rilascio o per la divisione dei beni ereditari, quanto una domanda di rettificazione dell'atto di nascita, chiamando in giudizio gli eredi e facendo loro contemporaneamente ingiunzione di rimettere al richiedente i beni del padre suo; quanto ancora la notificazione agli eredi di una sentenza di rettificazione già ottenuta, accompagnandola colla stessa ingiunzione; quanto infine una semplice intimazione, protesta o notificazione in cui si denunciassero agli eredi le pretese che, sui beni dell'eredità del marito, si fondassero dal richiedente nell'allegata sua qualità di figlio legittimo.

Un autore francese, meritamente celebrato, insegnò che come turbativa, atta a far decorrere contro gli eredi del marito il termine pel disconoscimento, possa considerarsi anche quella che sia loro inferita dal figlio sopra beni di una eredità altra da quella del marito stesso, pongasi del-

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 149.

(2) V. Duranton, t. III, n. 88, 3; Zachariae, t. II, § 546 *bis*, n[e] 18, 19, 2[a] ediz. Bruxelles; Demolombe, t. V, n. 149; Laurent, t. III, n. 440; Borsari, *Comm.*, art. 167, § 414, pag. 628.

l'eredità di un figlio o di un fratello di lui. Riconosce l'autore che il caso da lui supposto sarebbe *fuori dei termini della legge;* ma sostiene tuttavia ch'essa sarebbe applicabile, e che l'erede il quale trascurasse d'esercitare il disconoscimento per due mesi dopo che il figlio si fosse posto in possesso dei beni di quell'altra eredità, o dopo che ne avesse turbato il possesso all'erede stesso, avrebbe perduto sì l'una che l'altra successione, poichè sarebbe senza distinzione ed irreparabilmente decaduto dall'azione in disconoscimento del figlio. Questa dottrina si fonderebbe sulla considerazione che, se la fatta ipotesi non cadrebbe veramente sotto la lettera stessa della legge, sarebbe però compresa nello spirito di essa; poichè la posizione dell'erede sarebbe in tutto uguale a quella che gli sarebbe fatta, se le turbative di possesso commesse dal figlio cadessero sui beni stessi della eredità del marito. L'erede sarebbe molestato nel possesso dei beni che gli appartengono, sarebbe quindi messo in mora ad agire pel disconoscimento, e non promuovendolo dovrebbe pertanto decadere dall'azione (1). Confessiamo però parerci molto disputabile l'esattezza di questa teoria. Prima di tutto, non può considerarsi come lieve l'importanza dell'essere il supposto caso affatto estraneo ai termini della legge; trattandosi di materia che è tutta creazione pura della legislazione positiva, e che dalle disposizioni d'essa deve quindi dipendere assolutamente. Ma, qualora fosse vero che lo spirito della legge abbracciasse anche questa ipotesi, benchè non compresa nelle sue parole, il rigore dell'accennato principio generale dovrebbe cedere. È però vero ciò? La legge, ricordiamolo, non concede l'azione in negazione della paternità, ad altri, dopo il marito, che *agli eredi di lui;* e ad essi pure non l'attribuisce se non come *inerente all'eredità del marito* e come *mezzo di difesa dei loro diritti su tale eredità,* contro le usurpazioni o le

(1) V. Demolombe, t. V, n. 150.

turbative di possesso che *su quei beni* siano commesse dal figlio. A nessun altro erede di persona diversa dal marito, per quanto gli effetti giuridici dello stato di presunta legittimità del figlio potessero essere in opposizione coi suoi interessi, è dato di poter fare altrettanto. Ora la circostanza accidentale che l'erede del marito sia succeduto pure in un'altra eredità, nella quale possa essere interessato il figlio dipendentemente dallo stato suo di legittimità, potrebb'essa mai produrre quest'effetto, di rendere esercibile *relativamente ad una eredità diversa* quell'azione che è riserbata unicamente come *mezzo conservativo dei diritti dell'erede sui beni lasciatigli dal marito?* E quando pure ciò fosse ammissibile, che non pare, dovrebbe poi anche seguirne che la causa da cui procede la decorrenza del termine perentorio a promuovere l'azione, causa che dalla legge è considerata unicamente nel possesso o nella turbativa *sui beni della eredità del marito,* avesse a rendersi estensibile ad uguale presa di possesso o ad uguale molestia inferita *sui beni della diversa eredità* che a quella si fosse riunita in capo all'erede stesso del marito? Più ancora, dovrebbesi arrivare fino a questa ulterior conseguenza, che l'avere perduto, in forza di quel decorso di tempo, il mezzo di difendersi relativamente a questa nuova successione, traesse seco anche la decadenza da pari mezzo di difesa per l'eredità del marito, relativamente a cui il possesso era, in ipotesi, rimasto sempre presso l'erede, esente da qualunque molestia, cosicchè oramai sarebbe sottoposto l'erede stesso ad una irreparabile evizione, quando il figlio volesse rivendicare quella eredità prima del tempo della prescrizione? In verità, nonostante la venerazione che professiamo a tanto maestro, ci sembrano queste idee manifestamente inammissibili. Riterremmo dunque fermamente, in conformità anche del testo dell'art. 167 cod. civ., che la turbativa atta a far decorrere contro gli eredi del marito il termine di decadenza dall'azione in disconoscimento, non

fosse mai da considerarsi che in relazione *ai beni della eredità del marito*, quand'anche gli eredi medesimi avessero pure raccolta un'altra successione, nella quale il figlio potesse parimente avere un interesse dipendente dal presunto suo stato legittimo; come sarebbe la successione di un altro figlio o di un fratello del marito.

56. I termini stabiliti dagli articoli 166 e 167 sono essi considerati dalla legge *unicamente come cause di decadenza dall'azione in disconoscimento?* Oppure *il punto di decorrenza di quei termini* deve anche riguardarsi come limite, *prima del quale non sia lecito nè al marito nè agli eredi il promuovere l'azione?* Il quesito non è proponibile, ben s'intende, quanto al punto di partenza del termine conceduto al marito, al quale sia stata occultata la nascita del figlio; essendo assurdo il supporre la possibilità pel marito d'intentare il disconoscimento *prima d'avere scoperta la frode.* Ma ben può chiedersi se il marito possa agire *prima della nascita del figlio*, la quale col giorno in cui avviene segna il punto da cui decorre il termine di due mesi, quando il marito stesso si trovi *nel luogo in cui è nato il figlio;* se lo possa *prima del suo ritorno* quando non *sia stato presente, al tempo e nel luogo della nascita;* se gli eredi abbiano facoltà di promuovere l'azione *prima che il figlio entri nel possesso dei beni del defunto, o prima d'esser essi in qualunque modo turbati dal figlio nel possesso di que' beni.*

Zachariae ha detto a questo proposito che " salve le " limitazioni risultanti dagli articoli 316 e 317 (166 e 167 " cod. Ital.) *il disconoscimento può essere intentato in qua-" lunque tempo. Così, il marito è autorizzato a disconoscere " il figlio prima della sua nascita, e gli eredi del marito " debbono esservi ammessi anche prima d'essere turbati nel " possesso della eredità di lui* „ (1).

---

(1) V. Zachariae, § 546 *bis*, n° 21, 22, 2ª ediz. Bruxelles.

Il *Demolombe* ammette quest'ultima applicazione della massima insegnata dal *Zachariae*, ma nega la prima; di guisa che non accetta quella regola come generale, ma solo *rispetto agli eredi*, ed in quanto la questione sulla ricevibilità della loro azione dipenda *dal non esser ancora stato risvegliato, col possesso dei beni ereditari preso dal figlio, o colle turbative da lui commesse a danno degli eredi, l'interesse attuale di questi ultimi a difendere, col mezzo dell'azione in disconoscimento, i loro diritti ereditari* (1). Questa opinione fu riprodotta dal *Pacifici-Mazzoni* (2).

E gli stessi annotatori del *Zachariae*, adottando l'opinione del *Demolombe*, scrissero che: " gli eredi del marito sono ammessi a proporre il disconoscimento prima d'essere stati turbati nel possesso della eredità del loro autore; ma *nè il marito nè gli eredi* di lui possono *disconoscere il figlio avanti la sua nascita* " (3).

Il *Laurent* sostiene invece che gli eredi non possono agire contro il figlio prima ch'egli li molesti in alcun modo nel possesso dei beni ereditari; perchè non vi è allora quell'*interesse pecuniario, attuale*, senza cui la loro azione manca di fondamento (4). Una simile dottrina è pure adottata e sviluppata dal nostro *Borsari* (5); e sembra preferibile alle altre.

Il principio generale proclamato da *Zachariae* si risolve in questo: che quanto è disposto dalla legge relativamente ai termini pel disconoscimento del figlio, sì da parte del marito che degli eredi di lui, concerne unicamente *il limite estremo del tempo entro il quale l'azione può essere promossa;* ma che *prima della scadenza di quei termini può la detta azione essere intentata sempre.* La prima parte di questa proposizione è incontestabile. Certamente

(1) V. Demolombe, t. V, n. 160, 161.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 462, pag. 322.
(3) V. Aubry et Rau, t. VI, § 545 *bis*, n° 30, 31, 4ª ediz.
(4) V. Laurent, t. III, n. 439.
(5) V. Borsari, *Comm.*, art. 167, § 414, pag. 628.

la legge, determinando *entro qual tempo* il marito o gli eredi possano promuovere il disconoscimento del figlio, non ha regolato altro che il *limite estremo, trascorso il quale l'azione si perde*, e la decorrenza dei termini non è stabilita se non per la necessità di circoscrivere i termini stessi, che non potrebbero essere precisati senza fissarne un punto di partenza. Ma da questo non si può dedurre logicamente fuorchè la conseguenza *che il testo della legge non determina il tempo prima del quale l'azione non possa esser esercitata*. L'inferirne invece che *lo si possa in qualunque tempo, purchè prima che scada il termine prefisso*, è un correre troppo innanzi; perocchè bisogna supporre che non solo manchi *qualunque disposizione testuale*, ma manchino parimente i *motivi* della legge ed i *principii generali*, per dar norma a stabilire se siavi o no un tempo innanzi a cui l'azione sia inesercibile, ed in caso, quale questo tempo sia. Ed è appunto nei motivi della legge e nei principii generali, *applicati a ciascuno dei casi, nei quali al marito od agli eredi sono assegnati termini diversi* per l'esercizio dell'azione, che dovremo ricercare la soluzione del dubbio.

56 *bis*, I. *a*) È il marito che vorrebbe disconoscere il figlio non ancor nato; quantunque, supponendo anche la presenza del marito nel luogo della nascita allorchè questa avverrà, egli avrebbe un termine utile di due mesi a partire dal giorno della nascita stessa. Sarà ricevibile quest'azione?

Chi stesse col *Zachariae* per l'affermativa, potrebbe forse argomentare dall'essere permesso il *riconoscere un figlio naturale anteriormente alla sua nascita* (art. 181 cod. civ.) dicendo che allo stesso modo dovesse esser lecito anche il *disconoscimento della paternità legittima*. Ma l'errore dell'argomentazione sarebbe palese. *Il concepito si ha come nato*, per l'efficacia giuridica del riconoscimento che si faccia di lui come figlio naturale, perchè quest'atto gli è

utile. Al contrario non può essere applicabile una tale finzione pel caso del *disconoscimento*, perchè questo è contrario all'interesse del figlio. Ciò quanto ai principii generali. Rispetto poi allo spirito della legge, in ciò che riguarda particolarmente l'azione in disconoscimento, è da riflettere che questa è in ogni caso inammissibile contro il figlio che *non sia nato vivo e vitale;* e che perciò la ricevibilità dell'azione suppone *già nato il figlio*, mentre in caso contrario mancherebbe la base necessaria dell'azione stessa, cioè un *interesse certo ed attuale*, e potrebbe venire a mancare lo stesso *interesse eventuale*, se il figlio nascesse poi *non vivo* od almeno *non vitale*. Oltre a ciò il disconoscimento suppone o che il figlio *sia nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dopo il matrimonio* (art. 161 cod. civ.) o che i fatti costituenti le cause, per le quali può denegarsi la paternità, pel figlio concepito durante il matrimonio, abbiano esistito per tutto il tempo decorso *dal trecentesimo al centottantesimo giorno avanti la nascita* (art. 162-163 cod. civile). Ora, come sarebbe possibile dimostrar ciò, quando *il giudizio di disconoscimento precedesse la nascita del figlio?*

In questo senso e per le ragioni sovra esposte si è pronunziata anche la giurisprudenza italiana (1).

56 *bis*, II. *b*) Il marito *non era presente* nel luogo in cui nacque il figlio. Per disconoscerlo gli è quindi conceduto un termine di tre mesi *decorribile dal suo ritorno*. Ma, prima ancora che questo avvenga, il marito è a piena cognizione dei fatti, ha pronti tutti i mezzi di prova occorrenti, e vorrebbe promuovere il giudizio. Lo potrà egli? Non vediamo qual cosa potesse farvi ostacolo. Non sicuramente i principii generali; dappoichè anche prima che il marito sia *ritornato nel luogo in cui è nato*

---

(1) V. sentenza della Corte d'appello di Brescia, 28 settembre 1891 (*Giur. It.*, XLIII, II, 659).

il figlio, od *in cui è stabilito il domicilio coniugale*, l'azione che gli appartiene pel disconoscimento del figlio stesso non manca d'alcuno dei requisiti necessari a darle vita giuridica e renderla esercibile; e l'interesse a promuoverla non è minore nè diverso di quello che darebbe fondamento all'azione stessa quando il marito la esercitasse dopo il suo ritorno. Neppure potrebbero opporsi le norme direttive speciali di quest'azione. Vedemmo veramente che la notizia della nascita del figlio, pervenuta al marito durante la sua lontananza, non cangia punto per lui la decorrenza del termine ad introdurre l'azione, che è sempre *dal dì del ritorno*. Ma questa massima, *favorevole all'azione del marito*, è giustificata dalla considerazione, che, sebbene sciente della nascita del figlio, può egli mancare, appunto in causa della sua lontananza, di quei mezzi che troverà opportunamente nel luogo stesso della nascita del figlio od in quello del domicilio coniugale, per raccogliere più particolari e minute informazioni dei fatti, trarne consiglio sulla convenienza di promuovere il disconoscimento e procacciarsi, in caso, le prove necessarie. Ora è evidente che questi argomenti non potrebbero ragionevolmente rivolgersi invece in danno del marito, per vietargli l'esercizio dell'azione, finchè non foss'egli ritornato nel luogo di nascita del figlio o del domicilio coniugale; quando egli stesso, pienamente capace a disporre de' proprii interessi, reputi d'avere in pronto anche prima tutti i mezzi che possono abbisognargli per appoggiarvi l'esercizio dell'azione in disconoscimento del figlio.

56 *bis*, III. *c*) Veniamo all'ultima ipotesi, la sola seriamente disputabile, in cui siano gli eredi del marito che, avendo il possesso dei beni tutti da lui lasciati, e non essendovi menomamente turbati dal figlio, pretendano tuttavia di agire contro di lui, impugnandone la filiazione paterna legittima.

Vediamo prima quali siano le ragioni a cui si appoggierebbe la ricevibilità dell'azione.

Gli eredi, si dice, hanno un interesse legittimo a promuovere l'azione in disconoscimento contro il figlio, anche prima d'essere molestati da lui nel possesso dei beni ereditari. Lo hanno, perchè importa grandemente ad essi di non rimaner esposti all'azione che il figlio potrebbe più tardi intentare contro di loro per rivendicare i beni della eredità; e perchè il ritardo nell'esercitare quest'azione potrebb'essere, da canto del figlio, un proposito diretto a lasciar perire o indebolire i mezzi di prova che gli si potrebbero contrapporre, ad aspettare che i testimoni morissero, che la memoria de' fatti si dileguasse, ecc.

Argomentando in tal modo si dimentica quale sia la natura speciale dell'interesse che si richiede a fondamento dell'azione in negazione di paternità, esercibile dagli eredi del marito. Può darsi ch'essi siano *parenti legittimi* del marito, e in questo caso avrebbero un *interesse anche morale* ad espellere dalla famiglia chi vi si intruderebbe come figlio del defunto. Può darsi invece che gli eredi siano estranei alla famiglia, ed allora essi non potrebbero avere un *interesse morale* al disconoscimento del figlio. Ma anche nel primo caso non è *l'interesse morale* che sia considerato dalla legge *quanto agli eredi* del marito: è unicamente *l'interesse pecuniario*, che quindi dev'essere *legittimo ed attuale.* Perchè sia *legittimo*, è necessario, nella specialità di questa materia, che quell'interesse sia *inerente alla eredità* e *consistente nel difenderla contro le usurpazioni o le turbative di possesso commesse dal figlio.* Perchè sia *attuale*, bisogna quindi che *quelle usurpazioni o turbative di possesso siansi già verificate;* nè può bastare il timore, per quanto fondato, di probabili molestie future. Lo scorgere poi un'*attualità di interesse* ad esercitare l'azione, non provocata da pretensioni manifestate dal figlio, nella utilità di prevenire la dispersione o l'indebolimento delle prove, è erroneo per sè

stesso; poichè non può riguardarsi come *attuale* un interesse che si fonderebbe sopra pericoli eventuali, incerti e lontani. Tanto più poi lo si deve considerare come erroneo in una legislazione come la nostra, che, in tutti i casi, offre un mezzo speciale atto a riparare a tali pericoli; consistente nell'*esame a futura memoria, che può chiedersi da chi abbia fondato motivo di temere che sia per mancare uno o più testimoni necessari a far valere un diritto od una eccezione* (art. 251 cod. proc. civ.).

Tutto questo è poi corroborato da considerazioni d'alto interesse delle famiglie e generale. Non potrebbesi permettere agli eredi del marito — a loro che unicamente per interesse pecuniario sono ammessi ad un'azione negata ai parenti legittimi del marito quando questi non rivestano pure la qualità di eredi — di agire prima che quel loro interesse pecuniario sia *realmente eccitato*, di sollevare un processo scandaloso, disonorante per la madre e pel figlio, nel solo intento di prevenire un'azione che è incerto se verrà o no promossa.

57. Il codice Francese, e ad imitazione di esso alcune delle legislazioni che vigevano in Italia prima dell'attuale, ammettevano che i termini stabiliti per l'esercizio dell'azione giudiziale in disconoscimento potessero essere *prorogati d'un mese*, qualora il marito o gli eredi di lui facessero un *atto estragiudiziale che contenesse il disconoscimento* della paternità. Simili atti estragiudiziali, i quali evidentemente non potevano considerarsi come introduttivi dell'azione in disconoscimento, avevano dunque, ciò non ostante, quest'effetto: di *conservare l'azione* stessa, e di *protrarre i termini, ad intentarla giudizialmente*, per un mese da computarsi dal dì dell'atto estragiudiziale. Questa concessione della legge lasciava però luogo ad alcune incertezze. Quale forma richiedevasi per l'atto estragiudiziale? Doveva esso essere notificato ed a chi?

Il codice Italiano, esigendo assolutamente che entro i

prefissi termini di due o tre mesi, secondo i casi, il marito o gli eredi di lui *debbano proporre giudizialmente la loro domanda*, e non esprimendo alcuna limitazione ad una tal regola, non permetterebbe all'interprete d'introdurvi quella che consistesse nel ritenere prorogato il termine in virtù di un atto estragiudiziale fatto dal marito o dagli eredi di lui. Forse non parve conveniente l'ammettere questa *specie d'interruzione di un termine brevissimo*, stabilito per considerazioni d'alto interesse sociale. E tanto più poteva attenersi a questo concetto il codice Italiano, dopo avere già largheggiato coll'estendere di un mese i termini che pel disconoscimento erano conceduti *a favore del marito* dalle legislazioni anteriori.

C) *Delle forme di procedimento nel giudizio d'impugnazione della paternità.*

Sommario. — 58. Principii generali relativi al giudizio d'impugnazione della paternità legittima. — 58 *bis*. Se possano intervenire in giudizio i creditori del figlio o gli eredi della madre predefunta. — 59. Del curatore che dev'essere nominato al figlio in questo giudizio. — 59 *bis*. Da chi debba essere nominato il curatore. — 60. Ragioni e significato della regola che *nel giudizio dev'essere in tutti i casi chiamata la madre*. — 60 *bis*, I. Se la madre abbia qualità per poter appellare, in proprio nome e nell'interesse del figlio, dalla sentenza che abbia accolta l'azione in disconoscimento. — 60 *bis*, II. Se la madre chiamata in giudizio possa astenersi dal comparire.

58. Ciò che di speciale si riferisce alle forme che debbono osservarsi nel giudizio di disconoscimento è contenuto nell'articolo 168 cod. civ. così espresso:

" L'azione diretta ad impugnare la paternità sarà pro-
" posta contro il figlio se è maggiore d'età, e, se è minore
" od interdetto, *in contradditorio di un curatore deputato*
" *dal tribunale davanti al quale il giudizio è promosso.*
" *Nel giudizio sarà pure in tutti i casi chiamata la madre* „.

La nomina di un *curatore* che rappresenti il figlio incapace, e l'intervento necessario della madre, sono adunque le sole particolarità che contraddistinguono questo giudizio; nel quale, pel resto, sono da osservarsi le forme

comuni. Prima però di trattare *ex professo* dei particolari predetti, sarà opportuno qualche cenno di principii fondamentali.

Il disconoscimento può essere proposto tanto in via di *azione* che di *eccezione*. Così il marito o gli eredi chiamati in un giudizio di rettificazione dell'atto di nascita del figlio, il quale volesse farne risultare lo stato di filiazione legittima di cui si trovasse in possesso, potrebbero opporre il *disconoscimento*, come *eccezione* contro la domanda di rettificazione (1).

Può pure essere formata la domanda in disconoscimento, non solo *per azione principale*, ma ancora *incidentemente;* ad esempio, in un giudizio di separazione personale tra coniugi (2).

Pel caso che il disconoscimento sia promosso in via di *azione principale*, il primo argomento che richiede qualche indagine è quello risguardante la *competenza* dell'autorità giudiziaria davanti a cui debba portarsi l'azione. Il quesito a ciò relativo trova in massima una pronta risposta nei principii comuni, coi quali si determina la competenza territoriale, e della cui applicabilità anche al caso presente non può muoversi dubbio. L'azione personale in disconoscimento deve essere proposta *davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza* (art. 90 cod. proc. civile). Ora, il convenuto vero nel giudizio di negazione di paternità è il figlio, contro cui l'azione è diretta. La madre deve pure *esser chiamata nel giudizio*, nel quale è impegnato l'onor suo; ma ciò non le attribuisce la qualità di *parte convenuta principale*. È dunque avendo riguardo *al domicilio od alla residenza del figlio* che devesi determinare la competenza territoriale. Nè l'applicazione di questa massima può incontrare difficoltà alcuna

---

(1) V. Zachariae, § 546 *bis*, nª 23, 2ª ediz. Bruxelles; Demante, *Cours analyt. de code civil*, t. II, n. 43 *bis*, XIV; Aubry et Rau, t. VI, § 545 *bis*, nª 32, 4ª edizione.

(2) V. Demolombe, t. V, n. 173.

allorchè il figlio contro cui si esercita l'azione sia maggiore d'età e capace. Solo può presentarsi qualche dubbiezza pel caso ch'egli sia *minore od interdetto;* chè allora essendo ordinato doversi proporre l'azione *in contraddittorio d'un curatore deputato dal tribunale davanti al quale il giudizio è promosso* (art. 168 codice civile) non sarebbe strano il pensare che come *convenuto* dovesse qui riguardarsi veramente *il curatore* stesso, cosicchè davanti al tribunale del domicilio di lui dovesse esser portata l'azione. In simil senso fu opinato da illustri autori francesi che l'istanza pel disconoscimento del figlio *minorenne od interdetto* dovesse esser portata davanti al tribunale del domicilio del *tutore ad hoc*, che doveva essergli dato, giusta l'art. 318 di quel codice; e tale opinione ebbe anche l'appoggio di qualche decisione di giurisprudenza (1). Non è però esatto che il convenuto nel giudizio di negazione di paternità sia *il curatore.* Questi non è che il rappresentante del figlio, il protettore che la legge gli dà; ed è il figlio stesso il vero convenuto, il domicilio o la residenza del quale determina quindi la competenza dell'autorità giudiziaria. Tuttavia la questione si può ripresentare sotto un diverso aspetto. Sarebbe mai che il figlio minore od interdetto dovesse riputarsi *avere per proprio domicilio legale* — in quanto almeno riguarda questa specialità, del giudizio di disconoscimento — *quello del curatore* — che gli è nominato dal tribunale, come per ogni altro rapporto civile ha, in virtù di legge, *il domicilio del tutore?* (articolo 18 cod. civile). Ci sembra che una breve riflessione debba distogliere anche da tale idea. Innanzi tutto, *il domicilio legale* non può mai essere stabilito se non *da un'espressa disposizione di legge*, che qui non abbiamo. Poi, questo domicilio che si attribuirebbe al figlio nel luogo stesso in cui fosse domiciliato il curatore, si vorrebbe considerarlo come *generale* o come *speciale?* Nella

---

(1) V. Aubry et Rau, t. VI, § 545 *bis*, n° 41, 4ª edizione.

prima ipotesi andremmo incontro ad un'assurdità evidente. Il minore o l'interdetto ha già un domicilio legale, quello del genitore che esercita su di lui la patria podestà, o quello del tutore, se sia soggetto a tutela. L'intentarsi contro di lui l'azione in negazione di paternità, e l'essere a tal uopo chiesta preliminarmente, a tenor di legge, la nomina d'un *curatore*, non fa cessare la patria podestà, nè lo stato di tutela a cui il convenuto sia soggetto, nè fa luogo ad un *cangiamento del tutore generale*, di quello cioè che è dato all'incapace per *rappresentarlo in tutti gli atti civili ed amministrarne il patrimonio.* Affermiamo che non può dirsi nemmeno cessata la patria podestà, non ostante che sia il padre stesso, a cui preferibilmente ne appartiene l'esercizio, che viene a negare la propria paternità: e riputiamo di esprimere con ciò una verità incontestabile, perocchè il figlio non cessa di avere in proprio favore la presunzione di filiazione paterna legittima, nè però può riputarsi già espulso dalla famiglia, per ciò solo che sia stata introdotta contro di lui l'azione in disconoscimento. In ogni caso sarà solamente quando sia intervenuta la sentenza, ed essa abbia acquistato autorità di cosa giudicata, che, distrutta la presunzione di paternità legittima, ne cesseranno tutti gli effetti, tra i quali la patria podestà civile dei genitori e l'attribuzione al figlio del domicilio di quello tra i genitori medesimi che eserciti effettivamente su di lui tale patria podestà. Se dunque anche dopo la nomina del curatore, e pendente il giudizio, e finchè non siavi sentenza passata in giudicato, continua a sussistere la presunzione legale di filiazione legittima, con tutti gli effetti civili che ne son proprii, fra i quali l'attribuzione legale al figlio del domicilio del genitore che esercita su lui la patria podestà; è chiaro non essere supponibile che, pel fatto della nomina preventiva del curatore, il figlio acquisti il domicilio di quest'ultimo, poichè altrimenti egli avrebbe ad un tempo *più domicilii generali*, il che non è conforme ai principii. Se poi anche fosse accettabile la

massima che, appena promossa la negazione di paternità, fossero troncati immantinente gli effetti civili della impugnata presunzione di legittimità del figlio, epperò cessasse il figlio medesimo di avere per domicilio legale quello del presunto suo padre, sarebbe ancora un assurdo il supporre che la legge intendesse assegnargli per *domicilio generale* quello del curatore; che non ha già mandato di *rappresentarlo in tutti gli atti civili ed amministrarne i beni*, ma solo di *proteggerlo e difenderne gli interessi in uno speciale affare*, quale è quello di sostenerne le ragioni contro chi impugna la presunzione della filiazione paterna legittima di lui. Resterebbe l'altra ipotesi, che cioè il figlio conservasse bensì, anche dopo promossa contro di lui l'azione in negazione di paternità, *il domicilio generale* che aveva prima; ma acquistasse, per l'intentato giudizio di disconoscimento e per ciò che ad esso riguarda, come *domicilio speciale*, quello che fosse *domicilio generale del suo curatore*. Ma il *domicilio speciale* non è determinato mai che dalla volontà della persona, per convenzione o disposizione sua; e se la legge obbliga qualche volta talune *persone capaci* ad eleggere domicilio in un determinato territorio, lascia però sempre ad esse medesime la scelta del luogo speciale. Or come ammettere un'eccezione, *la determinazione cioè d'un domicilio speciale per una persona incapace*, qui dove la legge non contiene parola che valga a darne argomento? D'altra parte non avvi nemmeno ragione che dimostri la necessità di questo *domicilio speciale* pel figlio convenuto; chè se mai potessero opporsi gl'inconvenienti temibili qualora fosse a considerevole distanza il domicilio del curatore da quello del figlio ch'egli avrebbe il mandato di difendere, è certo che sarà questa una delle considerazioni che dovrà avere in vista il tribunale nella scelta del curatore affidata alla sua saviezza.

Riteniamo dunque che, per la determinazione della competenza dell'autorità giudiziaria, davanti la quale

debba essere portata l'azione in disconoscimento, sia da considerarsi il domicilio generale che il figlio convenuto aveva per legge prima d'essere tratto in giudizio, e che conserva anche in pendenza di esso; il domicilio cioè del genitore che eserciti su di lui la patria podestà o quello del tutore a cui sia soggetto, secondo i casi (1).

Il *Borsari*, che trattò ampiamente la questione, la risolvè con una teoria in parte diversa. Secondo lui, *nel momento in cui si apre il giudizio di negazione di paternità, il che avviene colla istanza per la nomina preventiva del curatore, i giudici naturali del minore sono quelli del territorio ove risiede il padre presunto.* Ma *il domicilio paterno svanisce in forza della negazione che il marito viene a fare della sua paternità;* perchè volendo egli sostenere di non esser padre, *il primo suo atto dev'esser quello di rinunciare all'usufrutto che non può più ritenere*, e di *far convocare il consiglio di famiglia per la nomina di un tutore generale, dacchè più non risiede in lui la patria podestà;* e dopo ciò deve *far deputare pel figlio, dal tribunale, il curatore alla lite che sta per imprendere.* Ciò per altro non arrecherebbe (ad avviso dell'autore) nessuna alterazione nella competenza, perchè *il tribunale deve sempre nominare un curatore soggetto alla propria giurisdizione, e quindi necessariamente dentro la periferia del territorio ove risiede il padre presunto.* Ma ad ogni modo — dice il *Borsari* — a fronte della impugnazione della propria paternità fatta dal marito, il considerare come domicilio del minore *quello del padre, suo avversario dichiarato, è divenuto incompatibile ed assurdo* (2). Riassumendo dunque: il tribunale competente pel giudizio di disconoscimento sarebbe sempre quello avente giurisdizione nel territorio ov'è domiciliato il padre, perchè nel medesimo territorio dovrebbe necessariamente esser pure domiciliato il curatore che il tribunale stesso

---

(1) V. Laurent, t. III, n. 443.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 168, § 415, pag. 630 e seg.

nominasse; ma il domicilio del minore convenuto in quel giudizio dovrebbe desumersi, dopo la nomina del curatore, dal domicilio di quest'ultimo, non da quello del presunto padre che agisce in disconoscimento.

In due parti di questa dottrina, non ci è dato di riconoscerla conforme ai principii. Il sostenere che al promuoversi dell'azione in disconoscimento debbano cessare, temporaneamente almeno, gli effetti della presunzione di paternità legittima che con quell'azione si viene a combattere, cosicchè debbasi ritenere che fin d'allora *non risieda più nell'attore la patria podestà sul figlio disconosciuto*, e si debba tosto far luogo *alla nomina d'un tutore generale pel figlio stesso*, ci sembra in contraddizione colla massima generale, che non è l'*intentarsi un'azione*, ma l'*esser essa accolta con sentenza avente autorità di cosa giudicata*, che può produrre gli effetti dipendenti dal fondamento giuridico dell'azione medesima. E come mai potrebbesi ammettere che per la sola intenzione del marito di negare la propria paternità al figlio, e fin anche prima di iniziare effettivamente il procedimento coll'istanza preliminare per la destinazione d'un curatore si dovesse far luogo alla nomina d'un *tutore generale* al figlio stesso? Su qual base potrebbe procedere ad una tal nomina il consiglio di famiglia, mentre non si è verificata nessuna delle cause per le quali soltanto si apre la tutela (art. 241 cod. civile), mentre la illegittimità del figlio non consta ancora legalmente, anzi sta in contrario la presunzione legale, ancora illesa, di filiazione legittima, e mentre se questa illegittimità dovesse ritenersi, non sarebbe un *consiglio di famiglia*, ma un *consiglio di tutela* che dovrebbe provvedere? (art. 261 cod. civ.). Quando poi si afferma doversi *dal tribunale nominare un curatore che abbia domicilio nel territorio di giurisdizione del tribunale stesso*, ci sembra ancora che si vada più in là di quanto i principii consentano. Certamente nei più dei casi sarà prudente il seguire questa norma, e il tribunale l'applicherà.

Ma possono pur darsi circostanze speciali per le quali *nell'interesse del figlio*, che come è lo scopo principale della legge in questa materia, così deve essere la guida più sicura pei provvedimenti da prendersi dall'autorità giudiziaria, convenga deputargli a curatore una determinata persona, ancorchè essa tenga domicilio fuori della giurisdizione del tribunale. Ora, perchè si limiterebbe alla autorità giudiziaria quella facoltà che la legge le ha data pienissima, chiamandola a *deputare un curatore*, senza apporvi condizioni nè restrizioni di sorta alcuna?

58 *bis*. Secondo il testo sopra riferito dell'art. 168 cod. civ., nel giudizio di disconoscimento debbono figurare da una parte il marito o gli eredi di lui, dall'altra il figlio, se è maggiore d'età e capace, o il curatore deputato a rappresentarlo, se è minore od interdetto; ed in fine la madre. Nessuna altra persona deve essere parte principale nel giudizio. Tuttavia può domandarsi se sia assolutamente escluso che altre persone aventi interesse possano volontariamente intervenirvi; e specialmente i *creditori del figlio*, e, in caso di premorienza della moglie, *gli eredi di lei*.

I creditori del figlio potrebbero talvolta allegare un *interesse pecuniario attuale ad intervenire in causa;* poniamo per esempio che l'azione in disconoscimento fosse intentata *dagli eredi del marito*, per contestare al figlio le sue pretensioni sulla eredità paterna. Tuttavia l'oggetto principale e diretto dell'azione, quand'anche intentata sul fondamento dell'interesse pecuniario dagli eredi del marito, è sempre *lo stato personale* di lui, ed ha quindi, riguardo a lui convenuto, un *carattere essenzialmente morale*. E sembra che ciò basti per formare ostacolo alla ricevibilità dell'intervento che chiedessero i creditori del figlio stesso; poichè lo stato personale in genere, la legittimità in particolare, costituisce una qualità così essenzialmente e strettamente inerente alla persona, da essere inammis-

sibile che relativamente ad essa i creditori potessero nè rendersi attori nè proporre difese, sia in nome del loro debitore, sia concorrentemente con lui, col mezzo dell'intervento in causa. D'altronde sarebbero troppo gravi e manifesti gl'inconvenienti della massima contraria, che ammettesse i creditori ad intromettersi in un giudizio di questa natura, in cui i procedimenti delle parti sono determinati da ben altro movente che non sia il semplice *interesse pecuniario*, il quale formerebbe invece l'unica norma d'agire dei creditori (1).

" Se la madre è mancata *nel corso della lite*, dovranno " chiamarsi gli eredi di lei? O gli eredi avranno facoltà di " intervenire? „.

L'autore che propose questi due quesiti, rispose al primo che " obbligo di chiamare in causa gli eredi non vi è „; ed al secondo che " non si può ad essi vietare il concorso " spontaneo, perchè l'articolo 201 del codice di procedura " civile ne dà loro il diritto „ (2). Sul primo dei quali punti non si presenta difficoltà, ed anzi è appena proponibile la questione. La legge richiede che " nel giudizio sia pure " chiamata la madre „ sia pel dovuto riguardo all'interesse morale di lei, tanto gravemente impegnato nella controversia che va a dibattersi, sia nell'interesse del figlio, che può trovare nel tenero affetto materno il più valido ausilio per la difesa del proprio stato legittimo, sia nell'interesse stesso della giustizia, che dalla madre può ottenere intorno ai fatti disputati in causa quelle indicazioni, quei chiarimenti che meglio conferiscano alla illuminata decisione d'una controversia di tanta importanza. Ma tutte queste considerazioni sono, per natura loro, strettissimamente personali alla madre, nè, qualora avvenga la morte di lei, sono estendibili agli eredi: i quali, del resto, rappresentano e continuano giuridicamente la persona a cui

(1) V. Demolombe, t. V, n. 138.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 168, vol. I, § 415, pag. 630.

sono succeduti solo in ciò che riguarda il patrimonio ereditario, mentre i rapporti d'indole morale, i quali diedero motivo a prescrivere che nel giudizio per disconoscimento di paternità debba sempre essere chiamata la madre, si estinguono colla vita stessa di lei. È dunque indubitabile che alla madre, in caso di sua morte, non dev'essere surrogato alcun altro (1), e ciò quand'anche la morte di lei fosse avvenuta, non già *nel corso della lite*, come fu supposto dal lodato autore, ma prima ancora che la lite venisse iniziata.

Più speciali riflessioni occorrono sull'altro quesito relativo all'*intervento volontario degli eredi della madre*. L'articolo 201 del codice di procedura civile — sul cui fondamento fu ritenuto dal *Borsari* che sia ammissibile sempre, senz'alcuna distinzione di casi, codesto intervento — concede invero *a chiunque abbia interesse in una causa* la facoltà d'intervenirvi. E dalla generalità di tale espressione s'induce essere sufficiente un interesse anche solo morale per giustificare l'istanza d'intervento, come un interesse di simil natura può bastare per dar fondamento all'esercizio di una azione. Ora gli eredi della madre possono essere moralmente interessati nella contestazione relativa alla impugnazione della paternità legittima, proposta contro il figlio, qualora appartengano essi medesimi alla famiglia legittima del marito, e specialmente quando siano altri figli nati dallo stesso matrimonio; perchè offende infatti i sentimenti loro di onore e di naturale affezione il partecipare del nome, dei titoli, dei diritti della famiglia chi non ne faccia legittimamente parte, come, all'opposto, l'esserne escluso chi veramente le appartenga. Ma in tal caso l'intervento di costoro prenderebbe fondamento nella qualità di membri della famiglia paterna, anzichè in quella di eredi della madre. Questi eredi potrebbero invece, come tali e benchè estranei alla famiglia del marito, avere un inte-

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 171.

resse pecuniario nella causa di impugnazione della paternità: ad esempio, perchè, esclusa la legittimità del figlio convenuto in quel giudizio, non potrebb'egli reclamare nella successione materna la porzione legittima che gli sarebbe spettata secondo gli articoli 805 e seguenti codice civile. Ma un tale interesse giustificherebbe forse e renderebbe ammissibile la domanda d'intervento in causa che da quegli eredi venisse proposta? L'opinione risolutamente affermativa del *Borsari* è fondata sul testo dell'art. 201 del codice di procedura civile. Quello però è un principio generale, che nella sua applicazione ad una materia speciale, quale è quella di cui presentemente ci occupiamo, dev'essere contemperata alle norme proprie di questa particolare materia. Ned è da supporsi un ostacolo insormontabile nella espressione letterale dell'invocato articolo 201; perchè nella interpretazione ed applicazione d'una legge, non è il solo significato proprio delle parole in essa contenute, che sia da seguirsi alla lettera, ma devesi aver riguardo alla relazione di quelle con altre parole, sia di quella medesima legge, sia di altre, e più di tutto indagare la vera intenzione del legislatore (art. 3 disp. prel.). Ora, dal complesso delle norme, colle quali il legislatore ha regolato il giudizio di disconoscimento della paternità legittima, risulta essersi voluto restringere tra persone tassativamente determinate il dibattito della controversia; e cioè tra il marito attore o gli eredi di lui, il figlio convenuto od il curatore deputatogli dal tribunale, s'egli è minore od interdetto, e la madre che deve pure esser chiamata nel giudizio. Così si è voluto per giusti riguardi alla natura delicatissima di tali contestazioni, per non esporre a maggiori turbamenti l'ordine e la pace delle famiglie coll'ammettere a prendere parte alla discussione giudiziale altri fuor di coloro che vi sono personalmente e direttamente interessati. A questo spirito della legge sarebbe, a nostro avviso, contrario che col mezzo dell'intervento volontario potessero intromettersi nel giudizio, qualora la madre fosse

premorta, gli eredi di lei che fossero estranei alla famiglia del marito. Sarebbe da temere, per esempio, che costoro, spinti da quell'interesse pecuniario, che costituirebbe il solo motivo del loro operare, venissero a porre in pubblica luce fatti che il marito attore avrebbe preferito di lasciare occulti, e che nell'interesse morale della famiglia gioverebbe meglio infatti che tali fossero rimasti. Dalle predette considerazioni siamo indotti a confermare l'opinione, che già professammo nella prima edizione di questo corso, contro quella, per quanto autorevole, del *Borsari*.

59. I termini della disposizione dell'art. 168 sopra riferita, che ordina doversi proporre l'azione in disconoscimento del figlio, che sia minore od interdetto, *in contraddittorio d'un curatore deputato dal tribunale*, sono generali ed assoluti. Essi escludono dunque ogni distinzione possibile tra i casi che l'azione sia promossa dal marito o dagli eredi di lui; che il figlio sia soggetto a patria podestà od a tutela; che quest'ultima siasi aperta per la morte avvenuta di amendue i genitori, o piuttosto per effetto di condanna penale che li abbia privati della patria podestà; e che al tempo in cui si promuove l'azione il figlio trovisi o no attualmente provveduto d'un tutore generale ed ordinario.

Abbiamo detto potersi anche verificare che il figlio minore, contro il quale s'intenti il disconoscimento, sia ancora *attualmente soggetto a patria podestà;* perchè, come avemmo occasione di notare nel numero precedente, la sola introduzione del giudizio non può bastare a togliere al figlio la presunzione legale di filiazione paterna legittima che sta in suo favore, nè quindi può far cessare, al momento, nessuno degli effetti che secondo la legge derivano dalla legittimità di stato; il che tutto non potrà, in ogni caso, avverarsi fuorchè in virtù della sentenza avente forza di cosa giudicata che alla domanda in disconoscimento faccia ragione.

Ma perchè mai, quando il figlio sia soggetto alla patria podestà civile dei genitori, si vuole tuttavia che nel giudizio di disconoscimento lo si faccia rappresentare da un curatore? È ben vero che la patria podestà non potrebbe in questo caso essere esercitata dal marito; per la ragione evidente che non potrebb'egli, *attore*, rappresentare contro sè stesso il convenuto. Ma come la nostra legge, attribuendo ad amendue i genitori contemporaneamente *il godimento della patria podestà civile*, ma affidandone *l'esercizio durante il matrimonio al solo padre*, provvede però al caso in cui *egli non possa esercitarlo*, col fare passare quest'esercizio alla madre (articolo 220 cod. civ.); così è manifesto che l'ipotesi del disconoscimento sarebbe appunto una di quelle nelle quali, trovandosi il padre nella impossibilità di *rappresentare il figlio*, quest'ufficio dovrebbesi ritenere spettante alla madre. Perchè dunque negarlo a lei, che pure *deve essere chiamata nel giudizio*, per investirne invece un curatore? Si risponderà forse che dovevasi temere non potesse la madre prestare cure abbastanza efficaci alla difesa del figlio, turbata come dev'essere dalla gravità dell'accusa contenuta contro lei stessa nell'azione intentata, per la quale son posti a cimento l'onor suo e il suo avvenire nella vita sociale? Ma è facile contrapporre che ciò anzi dev'essere arra della miglior difesa del figlio, che la madre sosterrà necessariamente difendendo sè stessa. Si dirà ancora che la posizione della madre in questo giudizio la spoglia di quella dignità che è fondamento della podestà de' genitori sui figli? Ma questo argomento supporrebbe già provata a carico della moglie quella colpa, che è solamente denunciata e su cui si invoca il giudizio dell'autorità competente.

Pure non mancano validi motivi giustificanti la determinazione presa dal legislatore di affidare la rappresentanza del figlio ad un curatore, non ostante che la madre debba esser chiamata nel giudizio.

La legge doveva sopra tutto intendere ad assicurare *in*

qualunque caso al figlio minore od interdetto la più efficace difesa, contro l'azione colla quale si vorrebbe espellerlo dalla famiglia a cui si presume ancora che appartenga legittimamente. Lo richiedevano da un lato la condizione d'incapacità del figlio medesimo, dall'altro la natura e la importanza dell'azione contro lui promossa. Generalmente, è vero, non potrebbesi procurare al figlio miglior difensore della madre. Niuno potrà superarla nell'amore a cui natura l'astringe verso il figlio, e nel desiderio di conservargli quello stato a cui la sua nascita gli dà diritto; niuno potrà essere in condizione di somministrare alla difesa più esatti ragguagli intorno alle relazioni sue col marito nel tempo del concepimento del figlio. Questo appoggio efficacissimo è infatti assicurato dalla legge al figlio, coll'ordinare che la madre *debba in tutti i casi essere chiamata nel giudizio.* Ma ciò può talvolta non bastare a guarentigia di un interesse tanto importante del figlio minore od interdetto. La influenza dell'autorità maritale può rendere forse troppo rimessa la difesa che la donna opponga ad un marito di carattere violento e concitato dallo sdegno; forse anche il sacrificio dello stato del figlio potrebbe divenire il prezzo dell'indulgenza del marito sovra colpe di cui la moglie si fosse veramente bruttata. Questi pericoli, quantunque per avventura non frequenti, erano però troppo gravi perchè il legislatore potesse ommettere ogni cautela onde evitarli nell'interesse del figlio. Vi si è provveduto appunto *coll'aggiungere alla difesa della madre quella di un curatore specialmente deputato a rappresentare il figlio nel giudizio.* Bisognava inoltre considerare le cose sotto un altro aspetto. In un giudizio nel quale l'onore della moglie è gravemente implicato, ma in cui essa non è parte convenuta principale, essendo promossa l'azione unicamente contro il figlio per impugnarne lo stato, non doveva ella essere costretta a comparire; ma bisognava lasciarle libertà di rendersi contumace, sebbene chiamata ad intervenire, senza che ciò importasse nessuna alterazione alla posi-

zione del figlio in giudizio, nè pregiudicasse menomamente alla difesa di lui. Così voleva un umano riguardo dovuto alla moglie, messa a così dura prova. Vedremo infatti fra breve che, quantunque la madre debba in tutti i casi, a tenore del § 2 dell'art. 168, essere *chiamata ad intervenire nel giudizio*, ella ha però la facoltà di astenersene. Potevasi ottenere questo, essendo il figlio rappresentato da un curatore, poichè, ciò stante, l'istruzione del giudizio procederebbe ugualmente *in contradditorio del curatore stesso*, non ostante la contumacia della madre; ma non sarebbe stato possibile, qualora ella avesse dovuto agire come rappresentante il figlio (1).

Tali sembrano i veri motivi pei quali la legge estese la regola, che il figlio minore od interdetto debba essere rappresentato da un curatore, anche al caso in cui, essendo il figlio minore, la madre possa esercitare su di lui la patria podestà civile. E che tale sia veramente il volere della legge, risulta evidente da ciò stesso, che l'art. 168 dispone dovere la madre *in tutti i casi* essere *chiamata nel giudizio;* chè se ciò dev'essere applicabile, come è dichiarato espressamente, a *tutti i casi*, e così anche a quello della minorità od interdizione del figlio, è manifesto che essendo allora la madre *chiamata soltanto ad intervenire nel giudizio*, non si può ritenerle affidata la rappresentanza del figlio, la quale d'altronde, per la generalità dei termini del § 1° dello stesso art. 168, è *conferita sempre ad un curatore speciale.* L'adottare poi i motivi sopraccennati, piuttostochè altri, a giustificazione della predetta regola, può avere una influenza assai notevole sul vero carattere da attribuirsi all'intervento della madre nel giudizio: e da ciò possono derivare ulteriormente conseguenze d'importanza pratica non lieve. Non sarebbe esatto il pensiero che la madre fosse chiamata ad intervenire nel giudizio

---

(1) V. DELVINCOURT, liv. I, tit. VI, chap. IV, sect. II, § I, n. 12; DEMOLOMBE, t. V, n. 163.

di disconoscimento per ragione esclusivamente del proprio interesse morale, per difendere il proprio onore, e nulla affatto per l'interesse del figlio cui, in causa della posizione a lei fatta in quel giudizio, fosse reputata incapace od indegna di rappresentare o difendere. Al contrario, la madre è chiamata ad intervenire, non tanto per l'interesse suo, quanto anche per quello del figlio, che dalla presenza di lei in giudizio può trarre utilità grandissima di difesa. Solo la vera rappresentanza legale, necessaria pel figlio minore od interdetto, non è lasciata alla madre, ma è conferita ad un curatore speciale; per maggior guarentigia del figlio stesso, aggiungendogli così un protettore completamente disinteressato, oltre la difesa ch'egli generalmente avrà efficacissima da parte della madre; e per lasciare d'altro lato a lei una libertà maggiore nel contegno che le giovi di assumere nel giudizio, libertà che non le rimarrebbe intieramente se avesse l'onere legale della rappresentanza del figlio.

Il carattere generale ed assoluto della disposizione dell'articolo 168 vieta pure, dicevamo, di distinguere se il figlio, essendo in istato di tutela allorchè si promuove contro di lui l'azione in disconoscimento, sia o no provveduto allora d'un tutore generale; cosicchè anche in caso affermativo dovrebbe farsi luogo ugualmente alla *nomina d'un curatore deputato a rappresentare il figlio nel giudizio*. Del che la ragione è questa: che il tutore ordinario del figlio potrebb'essere egli stesso interessato alla riuscita dell'azione in disconoscimento, appartenendo alla famiglia legittima del marito o della moglie. La legge adunque, intenta anche qui ad assicurare in ogni caso al figlio minore od interdetto la più efficace difesa, volle giustamente evitare il pericolo ch'essa restasse affidata a chi avesse un interesse opposto a quello del figlio; epperò, nonostante la presenza d'un tutore ordinario, prescrisse indistintamente che dall'autorità giudiziaria debba essere deputato un curatore speciale. La facoltà non

esclusa, e quindi ammessa, che spetterebbe al tribunale, di poter nominare a *curatore* anche lo *stesso tutore ordinario del figlio*, provvede abbastanza pel caso in cui, il tutore ordinario essendo un estraneo, i temuti pericoli non esistessero. Così la dottrina e la giurisprudenza furono sempre concordi nella predetta massima (1).

Poichè il contradditore legittimo all'azione intentata dal marito o dagli eredi non può essere che un *curatore speciale* deputato a rappresentare il figlio, ne segue che la nomina di questo curatore debba *precedere qualunque altro atto della lite* (2); epperò spetta necessariamente al marito od agli eredi che intendono promuovere il disconoscimento, di fare istanza alla competente autorità per la nomina del curatore. Abbiam detto dovere questa nomina *precedere qualunque altro atto della lite;* perchè effettivamente l'istanza per ottenerla può essere considerata essa stessa come primo atto del procedimento giudiziale. A questa idea corrisponde infatti l'espressione usata nell'articolo 168, dove si dice che il curatore deve essere " deputato dal tribunale davanti al quale *il giudizio è promosso* "; il che suppone dunque già iniziato il procedimento allorchè vien fatta la nomina del curatore, e quindi che l'istanza presentata al tribunale valga già come *atto con cui si promuove il giudizio.* Da ciò potrebbesi voler dedurre una conseguenza importante: bastare cioè che quell'istanza sia fatta prima della scadenza dei termini fissati dagli articoli 166 e 167, perchè sia conservata l'azione, sebbene l'atto veramente iniziale della lite, quello che dev'essere diretto contro il curatore già deputato a rappresentare il figlio, succeda poi dopo il compimento di quei termini. Ma l'argomentazione sarebbe errata; perchè gli articoli 166 e 167 prescrivono che dentro i termini

---

(1) V. Delvincourt, l. c.; Zachariae, § 546 *bis*, n[a] 28, 2[a] ed. Bruxelles; Demolombe, t. V, n. 165; Laurent, t. III, n. 454.

(2) V. Proudhon, t. II, chap. I, sect. I, § 4, n. 2.

ivi stabiliti debba essere *proposta giudizialmente la domanda;* la quale, secondo l'art. 168, *dev'essere proposta*, se il figlio è minore od interdetto, *contro il curatore già deputato dal tribunale*. Spetta all'attore — così fu detto giustamente — di usare la debita diligenza nel fare l'istanza per la nomina di chi rappresenti il figlio minore od interdetto, *ond'essere in grado di poter poi, nei termini di legge, intentare regolarmente la sua azione* (1).

59 *bis*. La nomina del curatore dev'esser fatta, come lo dichiara espressamente l'articolo 168, *dal tribunale davanti al quale il giudizio è promosso*. Si è sciolta così una questione abbastanza dibattuta sotto il codice Francese, che non stabiliva da chi dovesse essere nominato il *tutore speciale*, che secondo quel codice doveva essere destinato a rappresentare il figlio.

Opinavano alcuni che appunto il silenzio della legge lasciasse puramente e semplicemente applicabili le norme comuni; e quindi la nomina del tutore speciale dovesse farsi *dal consiglio di famiglia* secondo le regole ordinarie (2). Altri, accettando questa massima, la volevano però limitare nel senso che dalla composizione del consiglio di famiglia dovessero restare esclusi i *parenti della linea paterna*, siccome quelli che, supponendo fondata l'azione colla quale si tenterebbe di espellere il figlio dalla famiglia legittima, sarebbero a lui estranei (3). Altri infine propugnavano la massima che vediamo adottata dal nostro codice (4). È però da notare che alcuni degli autori, i quali ritenevano che la nomina del tutore speciale dovesse farsi dal consiglio di famiglia composto *di soli parenti materni o di amici*, o che dovesse farsi dal tribunale, professa-

---

(1) V. Demante, *Cours analyt. de code civil*, t. II, n. 44 *bis*, III; e V, in fine.
(2) V. Toullier, t. II, n. 843; Proudhon, l. c.; Zachariae, l. c., nª 29.
(3) V. Duranton, t. III, n. 96; Marcadé, art. 318, t. II, n. 22.
(4) V. Delvincourt, l. c.; Valette sur Proudhon, l. c., nª (*a*); Demolombe, t. V, n. 166; Laurent, t. III, n. 453.

vano tuttavia che, quand'anche il tutore speciale fosse nominato dal consiglio di famiglia composto secondo le regole comuni, non ne sarebbe derivata la nullità del procedimento e della sentenza (1). Qualunque fosse, delle opinioni sopra riferite, quella che potesse ritenersi meglio fondata relativamente ad una legislazione, come la francese, che era muta circa l'autorità che dovesse procedere alla nomina del tutore speciale, da deputarsi a rappresentare il figlio minore o interdetto contro cui fosse intentata l'azione in disconoscimento; non pare da rivocarsi in dubbio, quanto al diritto costituendo, la bontà della massima adottata dalla nostra legge. Trattandosi di espellere dalla famiglia il figlio, come *adulterino* od almeno come *naturale*, la famiglia intiera viene in certo modo ad essere avversaria di lui. Pertanto l'attribuire al consiglio di famiglia la nomina del curatore pel figlio, sarebbe stato come affidare agli avversari del figlio stesso lo eleggergli un protettore. La legge, che, come più volte accennammo, doveva avere ed ebbe per iscopo principale in questa materia di assicurare in tutti i modi migliori la più efficace difesa del figlio, contro il quale si agisce impugnandone lo stato legittimo appoggiato alla presunzione della legge stessa, non poteva dunque far di meglio che decampare dalle regole comuni chiamando il tribunale a deputare il curatore al figlio. E poichè, giusta la disposizione dell'articolo 168, la nomina del curatore predetto non potrebb'esser fatta validamente se non *dal tribunale davanti il quale il giudizio è promosso;* e poichè d'altra parte senza questa nomina valida il figlio convenuto non sarebbe rappresentato legalmente nel giudizio, par certo che qualora questo giudizio fosse seguìto *in contraddittorio d'un curatore nominato dal consiglio di famiglia*, il procedimento e la sentenza che fosse pronunciata sulla promossa azione, sarebbero infetti di nullità.

---

(1) V. Duranton, l. c.; Demolombe, t. V, n. 167.

60. Ci resta ora di esaminare ne' suoi particolari la disposizione della seconda parte dell' articolo 168, sulla quale qualche cenno generale fu già dato nel numero precedente.

È ordinato in quella disposizione, come già vedemmo, che " nel giudizio sarà pure in tutti i casi chiamata la madre ". E quelle parole — *in tutti i casi* — vogliono significare che l'intervento della madre è necessario tanto se il figlio sia *maggiore e capace*, quanto se sia *minore od interdetto;* come chiaro apparisce dalla relazione che esiste tra questa e la precedente parte dell'articolo, nella quale si è dichiarato *contro chi debba essere proposta l'azione*, distinguendo se il figlio sia *maggiore d'età, minore od interdetto*. Non v'è infatti ragione per applicare questa distinzione a ciò che riguarda l'intervento della madre (1). Qualunque sia lo stato, di capacità o non, del figlio, ella ha sempre un interesse morale inestimabile in questo giudizio nel quale è posto in questione l'onor suo. In tutti i casi ugualmente la sua presenza in giudizio può arrecare immenso vantaggio al figlio, per la difesa della legittimità dello stato di lui, colle notizie ch'ella sola può a tale uopo somministrare circa fatti riguardanti le sue relazioni personali col marito al tempo del concepimento del figlio. Nè questo aspetto della cosa poteva essere trascurato dalla legge, quando pure si trattasse d'un figlio maggiore d'età e capace; troppo grande essendo l'interesse della famiglia e della società a che non manchi alcuno dei mezzi che possano utilmente opporsi ad un'azione ammessa a mal grado, e tendente a distruggere per qualche caso speciale una presunzione che la legge medesima ha posta come base dello stato di famiglia, qual è la presunzione di paternità legittima del marito. Così dunque la chiamata della madre è necessaria, secondo il testo e lo spirito della legge, *per integrare il giudizio*. Ne deriverà che se la dispo-

(1) V. Marcadé, art. 318, t. II, n. 22.

sizione fatta dalla legge a tale proposito fosse trasgredita, il procedimento e la sentenza sarebbero da riguardarsi come nulli. Ma saranno da spingersi le conseguenze ulteriori di questa massima fino a ritenere che la madre debba esser chiamata in giudizio, da chi promuove l'azione, prima che siano compiuti i brevi termini prefissi all'esercizio di essa (art. 166, 167 cod. civile), in difetto di che se ne incorra la decadenza? È facile il comprendere quali gravissimi inconvenienti potrebbero derivare dalla soluzione affermativa che si desse di questo quesito. La chiamata in giudizio della madre non potendo avvenire se non dopo che, fatta la nomina del curatore, sia iniziato contro di lui, come principale contradditore legittimo, l'esercizio dell'azione, è manifesto a quanto meno si ridurrebbero i termini già di per sè brevissimi stabiliti dagli articoli 166 e 167. Oltre a ciò, potendo accadere che la madre sia domiciliata o residente in luogo assai lontano, potrebbe talora riuscire difficilissimo il porla in causa prima delle scadenze dei brevi termini di legge. Segnalati questi inconvenienti, resta d'indagare se ciò non ostante sia necessità piegarsi ad accettare la massima che la madre debba essere chiamata in causa prima dello spirare del tempo stabilito, secondo i diversi casi, dagli articoli 166 e 167. Si potrebbe rispondere senz'altro che, nessuna decadenza da un diritto o da un'azione potendo verificarsi se non in virtù di una disposizione testuale della legge, e non essendo dichiarato nell'articolo 168 che la chiamata in causa della madre debba farsi entro i termini fissati dai precedenti articoli 166 e 167, sotto pena pel marito o pegli eredi di decadere dall'azione, una tale decadenza non può quindi essere ritenuta dagl'interpreti. Ma ciò non è tutto. La legge dice chiaramente che cosa bisogna fare per evitare la decadenza dell'azione; *proporre giudizialmente la domanda* entro i brevi termini dalla legge medesima stabiliti (art. 166, 167 cod. civile). Ora *contro chi dev'essere proposta la domanda?* Risponde

a ciò l'articolo 168: *contro il figlio se è maggiore d'età, e se è minore od interdetto, in contraddittorio d'un curatore deputato dal tribunale.* Non è già *contro la madre* che la domanda debba anche essere proposta, chè la madre deve soltanto *essere chiamata ad intervenire* nel giudizio. Se dunque entro i termini prefissi *sia proposta giudizialmente la domanda* contro il figlio se maggiore e capace, o contro il curatore deputato dal tribunale, se il figlio è minore od interdetto, il voto della legge è soddisfatto, quando anche si ritardi la chiamata in causa della madre. È soddisfatto *ai termini* della legge, e ciò non ammette dubbio; ma è soddisfatto anche *allo spirito* di essa, imperocchè una volta proposta la domanda giudiziale contro il figlio o contro chi lo rappresenta, non è più caso di dire che si lasci nell'incertezza lo stato di lui, nè che si riserbi la controversia per un tempo più lontano in cui possano smarrirsi o indebolirsi le prove; che sono appunto i pericoli per evitare i quali s'indusse il legislatore a prefiggere quei brevi termini per l'esercizio dell'azione in disconoscimento. Conchiudiamo pertanto, non essere necessario che la chiamata in causa della madre avvenga prima che siano trascorsi i termini stabiliti dagli articoli 166 e 167 (1).

Non si può per altro dedurre da ciò che la madre possa essere utilmente chiamata in giudizio *in qualunque tempo*, purchè prima che la causa sia in istato d'essere giudicata. Ciò sarebbe in opposizione, non meno che coi termini, coi motivi della legge. Essa vuole che la madre sia *chiamata nel giudizio;* bisogna dunque ch'essa possa esser presente e prender parte a tutto lo svolgimento del processo. Senza di ciò mancherebbe lo scopo della disposizione, che intende a dar modo alla madre di difendere sè stessa e il proprio onore, e di prestare aiuto efficace alla difesa dello stato legittimo del figlio. Ella pertanto dev'essere chiamata in tempo da potere esser *presente a tutti gli atti d'istruzione*

(1) V. Demolombe, t. V, n. 168; Laurent, t. III, n. 455.

della causa; e quelli che fossero stati compiuti prima della sua chiamata, per esempio gli esami di testimoni a prova ed a controprova, dovrebbero riguardarsi come irregolari, e sarebbe necessità ricominciarli in contradditorio con lei (1).

60 *bis*, I. La madre avrebb'ella qualità per appellare dalla sentenza che avesse accolta l'azione in disconoscimento? A primo aspetto s'inclinerebbe a rispondere che no; e tale veramente dovrebb'essere la massima da adottarsi, qualora si pensasse non esser la madre chiamata nel giudizio per altro fine che pel proprio interesse morale, per difendere il proprio onore, e non punto nell'interesse e per la difesa del figlio. Sarebbe ovvia allora la argomentazione che potrebbe farsi nell'indicato senso. La madre — si direbbe — non è precisamente *parte* nel giudizio di disconoscimento; il vero, il solo *convenuto* è il figlio. Ella vi è bensì chiamata, pel grande interesse morale che vi si trova impegnato per lei, affinchè possa difendere il proprio onore minacciato, e somministrare mezzi utili all'istruzione della causa. Ma tutto si limita appunto alla presenza di lei in tutti gli atti d'istruzione del giudizio. Pel resto, poichè ella non è veramente *parte* nella controversia, non potrebbe dunque impugnare *in nome proprio*, mediante appellazione, la sentenza, che sarebbe pronunciata propriamente ed unicamente contro il figlio, non contro di lei; e poichè non ha rappresentanza alcuna del figlio, neppur quando egli sia minore od interdetto, molto meno poi quando sia maggiore e capace, manca altrettanto di qualità per promuovere l'appellazione in nome e nell'interesse del figlio stesso. Ma prendiamo le cose come abbiamo dimostrato che veramente stanno; e gli argomenti e la conclusione dovranno necessariamente mutarsi. La madre non è chiamata nel giudizio unica-

(1) V. Demolombe, Laurent, luoghi citati.

mente per far sentire la sua voce in una controversia nella quale è posta in questione la sua onestà e difenderla, ma ancora *per l'interesse del figlio, per cooperare alla difesa dello stato legittimo di lui*, nel che ella pure ha impegnato un interesse proprio, non solamente morale, ma eziandio eventualmente pecuniario; poichè la decisione che si pronunciasse in favore dell'intentata azione di disconoscimento priverebbe lei pure della qualità di madre legittima, e dei diritti che da tale qualità dipendono. In quel giudizio ella non è veramente *parte convenuta*, perchè l'oggetto dell'azione essendo l'espulsione del figlio dalla famiglia legittima, ciò riguarda propriamente lui, non la madre. Ma questa è ad ogni modo, per l'indole specialissima dell'azione, *contradditrice legittima*, sia nell'interesse del figlio, sia nel proprio. Ora una tale qualità non dovrebbe dunque darle il diritto d'impugnare la sentenza che fosse riuscita sfavorevole alle sue difese? E se il figlio, o il curatore che lo rappresenta, trascuri di valersi dei mezzi offerti all'uopo dalla legge, dovrà la madre vedere irrimediabilmente perduto il proprio onore, perduti i diritti dipendenti dalla maternità legittima, senza potervi riparare? Sarebbe veramente enorme. La madre, *contradditrice legittima nell'interesse proprio*, ha da poter portare le sue difese fino all'ultimo grado di giurisdizione; *contradditrice legittima nell'interesse anche del figlio* deve potere per lui pure impugnare la sentenza che lo espelle come illegittimo dalla famiglia. Nè si opponga il principio comune, secondo cui la rappresentanza d'un altro, per agire in suo nome, non può desumersi fuorchè da un mandato convenzionale o legale, mentre la madre non può avere rappresentanza del figlio maggiore e capace e non l'ha neppure, in ciò che riguarda il giudizio di disconoscimento, pel figlio minore o interdetto a cui è deputato un curatore. I principii generali non devono qui applicarsi se non coi temperamenti voluti dall'indole singolarissima di questa materia. Ora in essa sono così indissolubilmente collegati tra loro

i rapporti di filiazione materna legittima con quelli di paternità legittima del marito, da non esser possibile per la madre lo *stato di maternità legittima* se non sussista ad un tempo pel figlio lo *stato di filiazione paterna legittima*. Se dunque la madre deve poter ricorrere in appello per far mantenere in proprio favore, contro la decisione di primo grado, lo stato di maternità legittima, è pure necessario ch'ella abbia facoltà di agire, anche nell'interesse del figlio, per conservare a lui lo stato di filiazione paterna legittima.

Su queste considerazioni riputiamo ben fondata la massima professata dal *Demolombe*, che " la madre debba poter " appellare *in proprio nome e nell'interesse del figlio* „ (1). E la riterremmo applicabile ancor quando il figlio fosse maggiore e capace, e non ostante che egli od il curatore del figlio minore od interdetto avessero fatto atto d'acquiescenza al giudicato di prima istanza.

60 *bis*, II. Quantunque *chiamata nel giudizio*, la madre non ha però *obbligazione legale di difendere il figlio* dall'azione contro lui promossa. La legge ha potuto rimettersi con fiducia all'interesse personale della madre stessa nel combattere quest'azione, ed ai teneri sentimenti ispiratile da natura, che debbono spingerla a dar opera quanto più efficace possa, per conservare al proprio figlio quello stato a cui la sua nascita gli dà diritto. Ma d'altro lato possono ben darsi circostanze che consiglino alla madre di astenersi dal giudizio in cui sarebbe chiamata, piuttostochè prendervi parte attiva. Ella sa la propria innocenza, conosce che i fatti addotti dall'attore mancano di qualunque fondamento anche apparente, e saranno pienamente smentiti dagli stessi mezzi di prova che egli si propone di produrre. D'altra parte il figlio già maggiore di età, o il curatore del figlio minorenne od interdetto, è pienamente edotto

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 170.

delle più minute circostanze relative a ciò che forma oggetto del giudizio, e in ogni caso ella potrà somministrargli ogni altra indicazione opportuna. La comparsa della madre in giudizio non è dunque necessaria, e forse non servirebbe ad altro che ad inasprire vieppiù il marito che agisce, turbare più profondamente i rapporti di famiglia, ed allontanare maggiormente la probabilità di una riconciliazione. Queste e simili circostanze possono rendere prudente il proposito della moglie di non comparire nel giudizio a cui sarebbe chiamata; e conveniva bene lasciarle in ciò ampia libertà, mentre da un lato si può stare a fidanza dell'interesse personale che la madre stessa ha nella difesa del figlio, e in ogni caso, se questi è maggiore e capace, può provvedere a sè stesso, se minore o interdetto, ha un curatore deputato dall'autorità giudiziaria per proteggerlo.

Perciò la legge si limita a dire che la madre *sarà chiamata* nel giudizio; e la dottrina giustamente ritiene ch'ella possa, a proprio arbitrio, comparirvi od astenersene (1).

D) *Degli effetti della sentenza che pronuncia sull'azione in disconoscimento.*

SOMMARIO. — 61. Principii generali intorno agli effetti della sentenza che pronuncia sull'azione in disconoscimento. — 61 *bis*, I. Quando sia da considerarsi come figlio semplicemente naturale, e quando sia da reputarsi adulterino quello contro il quale sia stata accolta l'azione in disconoscimento. — 61 *bis*, II. Se gli effetti della cosa giudicata in materia di negazione di paternità si estendano generalmente a tutti gl'interessati, in virtù della indivisibilità dello stato delle persone. — 62. Principii generali intorno agli effetti della sentenza pronunciata ad istanza d'alcuni soltanto degli eredi del marito, o contro alcuni soltanto degli eredi del figlio, a fronte degli altri eredi del marito o del figlio rispettivamente. — 62 *bis*. Applicazione dei predetti principii al caso che l'azione in disconoscimento sia stata intentata da alcuni soltanto degli eredi del marito. — 63. Principii generali intorno agli effetti della sentenza che decide sul disconoscimento, rispetto a coloro che, giusta la

(1) V. DELVINCOURT, liv. I, tit. VI, chap. IV, sect. II, § I, n. 12; PROUDHON, t. II, chap. I, sect. I, § 4, n. 2 in fine; DURANTON, t. III, n. 97.

legge, non abbiano potuto prender parte al giudizio. — 63 *bis*, I. Del caso che la sentenza sia stata proferita a fronte di alcuni soltanto degli eredi del marito. — 63 *bis*, II. Del caso che la sentenza sia stata proferita contro alcuni soltanto degli eredi del figlio. — 63 *bis*, III. Della possibile contrarietà fra giudicati, relativi alla filiazione paterna legittima, che siano stati proferiti tra diversi eredi del figlio, o tra diversi eredi del marito. — 64. Se il marito possa rinunciare al benefizio della sentenza con cui sia stata accolta l'azione in disconoscimento. — 65. Particolarità relative al caso in cui l'azione essendo stata promossa dai possessori provvisori o definitivi dei beni del marito assente, l'assenza cessi. — 65 *bis*, I. Se la sentenza, che abbia accolta l'azione in disconoscimento del figlio, proposta dagl'immessi in possesso dei beni del marito assente, conservi l'autorità di cosa giudicata a profitto del marito stesso ritornato dall'assenza. — 65 *bis*, II. Se faccia stato contro il marito ritornato dall'assenza, il giudicato con cui sia stata respinta l'azione in disconoscimento del figlio, proposta dagli immessi in possesso dei beni del marito stesso. — 65 *bis*, III. Se il marito ritornato dall'assenza possa rinunziare alla sentenza che, sulle istanze degl'immessi in possesso dei beni di lui, abbia accolta l'azione in disconoscimento.

61. La sentenza che rigetti l'azione di disconoscimento rafferma a favore del figlio la presunzione di filiazione paterna legittima; lo mantiene nel possesso dello stato corrispondente, e nel godimento e nell'esercibilità di tutti i diritti che ne dipendono. Ciò deve intendersi, com'è manifesto, non solo pei rapporti colla famiglia paterna ma ancora colla materna; poichè lo stato di legittimità comprende necessariamente gli uni e gli altri ad un tempo.

All'opposto la sentenza che ammetta la predetta azione, distrugge, *per quanto gli effetti della sentenza stessa si estendono*, la presunzione legale di paternità del marito, espelle quindi il figlio dalla famiglia legittima, tanto dalla linea paterna quanto dalla materna; cosicchè lo stato di lui non può essere oramai che *illegittimo*.

Sarebbe però un errore troppo manifesto e grave il pensare che il figlio disconosciuto dovesse, dopo la sentenza proferita contro di lui, considerarsi civilmente come se fosse *nato da genitori ignoti*. L'azione stessa in disconoscimento, per essere ammissibile, suppone *accertata* la *filiazione materna;* ed è appunto unicamente perchè il convenuto è figlio di donna maritata, che stando in favore di

lui la presunzione legale della paternità del marito e del conseguente stato legittimo, sorge, pel marito stesso o per gli eredi che lo rappresentano, l'interesse e il diritto, nei casi ammessi dalla legge, di negare giudizialmente quella paternità ed impugnare quindi quello stato. Sarebbe singolare davvero che una sentenza il cui primo fondamento è il fatto della filiazione materna, avesse per risultamento di distruggerne la prova. Ma di quale specie sarà questa filiazione materna che rimane tuttavia accertata? Sarà semplicemente *naturale*, od *adulterina?* Potrà essere l'una o l'altra, secondo i casi. Sappiamo che basta *l'esser nato il figlio durante il matrimonio dei genitori, sebbene prima che fossero trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione di esso*, cosicchè si debba presumere anteriore al matrimonio il concepimento del figlio stesso, per attribuire a lui uno stato di *presunta legittimità*, e per rendere quindi necessario l'esercizio formale dell'azione in disconoscimento, al fine di *distruggere la presunzione legale di paternità legittima de marito*. Intervenuta che sia la sentenza, la quale abbia, in tal caso, fatta ragione all'istanza del marito o degli eredi escludendo la paternità legittima di lui, la filiazione materna, che rimarrà tuttavia certa, dovrà evidentemente considerarsi come *semplicemente naturale* se il concepimento del figlio sia da ritenersi avvenuto *prima della celebrazione del matrimonio;* mentre all'opposto la filiazione sarà *adulterina*, se, a norma delle presunzioni di legge, il figlio debba riputarsi *concepito durante il matrimonio*. L'una e l'altra di queste massime risultano infatti, senza possibilità alcuna di dubbio, dal principio secondo cui devono considerarsi come *adulterini* " i figli nati da persone di cui anche una " soltanto fosse, *al tempo del concepimento*, legata in matri- " monio con altra persona „ (art. 180, n. 1°, cod. civ.).

Ma quale sarà il termine che, per stabilire a tale uopo il *tempo del concepimento*, dovrà considerarsi tra il giorno in cui la madre si è legata in matrimonio e quello in cui diede alla luce il figlio? Sarà di 180 o di 300 giorni?

61 *bis*, I. Se il figlio disconosciuto dal marito o dagli eredi nacque *prima che fossero trascorsi centottanta giorni* dalla celebrazione del matrimonio, non può esservi dubbio ch'egli è *semplicemente naturale;* essendo certo, per la presunzione di legge, che il concepimento di lui dev'essere stato *anteriore a quella celebrazione.* Se invece nacque *dopo trecento giorni dalla celebrazione del matrimonio*, il figlio non può essere che *adulterino;* essendo certo altrettanto, per l'assoluta presunzione della legge, che il concepimento di lui dev'essere stato *posteriore al tempo in cui la madre si legò in matrimonio.* Se poi il figlio fosse nato *più di* 180 *ma meno di* 300 *giorni dopo la celebrazione del matrimonio,* potrebbe dirsi incerto s'egli avesse a ritenersi come concepito durante il matrimonio o fuori di esso, e quindi come *adulterino* o come *naturale* semplicemente; dappoichè la legge presume che il concepimento possa essere avvenuto *in un momento qualunque del tempo intermedio tra il* 300mo *ed il* 180mo *giorno avanti la nascita.* Come sciogliere questo dubbio? Ecco il quesito. La prima idea a presentarsi sarebbe sfavorevole al figlio, e lo farebbe considerare come *adulterino* perchè " si presume *concepito durante il matrimonio il figlio nato non prima di centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio* „ secondo la disposizione testuale dell'articolo 160. D'altronde è verissimo che il figlio nato in tal tempo *può essere frutto dell'adulterio.* Tuttavia brevi riflessioni bastano a persuadere della massima contraria. L'articolo 160 non è che la continuazione e il complemento dell'articolo precedente. In questo si è proclamato che " il marito è padre del figlio *concepito durante il matrimonio* „. Colla successiva disposizione si è determinato *in quali casi debba ritenersi avvenuto in costanza del matrimonio il concepimento.* Così la presunzione che sia *concepito durante il matrimonio il figlio nato non prima di centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio* stesso, è tutta *in favore del figlio,* per dare la maggiore estensione possibile alla *legittimità della sua filiazione paterna.* Ora,

quale coerenza vi sarebbe mai nel rivolgere questa stessa presunzione *a danno del figlio*, applicandola a tutt'altro rapporto che quello specialmente contemplato dalla legge? Nel caso nostro la questione, per risolvere la quale è necessario aver riguardo al *tempo* del *concepimento*, verte tra l'attribuire al figlio uno stato di *filiazione naturale* che gli arrecherebbe varii ed importanti diritti, o la *qualità di figlio adulterino* che gli lascierebbe verso la madre o verso l'eredità di lei il solo *diritto agli alimenti*. Perchè mai ci appiglieremmo a ciò che è peggio pel figlio, contro lo spirito generale della legge, che, nel regolare il modo di determinare il tempo del concepimento, non ebbe altro scopo che di favorire, entro i limiti permessi dalla ragion delle cose, l'interesse del figlio medesimo? Il figlio espulso oramai dalla famiglia legittima, in forza della sentenza che ne ammette il disconoscimento, è nato, per esempio, il *ducentesimo giorno* dopo la celebrazione del matrimonio. Secondo la presunzione generale di legge, che colloca il concepimento nel periodo di tempo intermedio tra il trecentesimo e il centottantesimo giorno avanti la nascita, è possibile veramente che questo figlio sia stato *concepito durante il matrimonio* e sia quindi frutto dell'adulterio; ma è anche possibile che sia stato *concepito prima del matrimonio* e procreato da persone di stato libero. La probabilità maggiore sta anzi per quest'ultima ipotesi, nella specialità delle supposte circostanze ed avuto riguardo alla durata ordinaria in natura della gestazione. Tra le due, daremo dunque prevalenza ad una semplice *possibilità* perchè *dannosa al figlio*, a fronte d'una *probabilità favorevole* a lui? Ciò sarebbe invero contrario a ragione, non meno che alla legge positiva; la quale, limitandosi a stabilire per presunzione i due limiti estremi della possibile durata della gestazione, ha voluto che *il momento preciso in cui entro quei limiti di tempo debba ritenersi avvenuto il concepimento, sia quello che più giovi all'interesse del figlio*.

Ben lungi pertanto dall'ammettere col *Demolombe*, che il

figlio di cui sia negata la paternità appartenga tuttavia alla madre *nella sola qualità di figlio adulterino* (1), riterremmo con altri, ch'egli sarà *adulterino* o semplicemente *naturale*, secondo che debba riputarsi concepito *in costanza del matrimonio, o prima della celebrazione di esso* (2). E particolarizzando di più diremmo: che il figlio, privato dello stato di legittimità pel disconoscimento, apparterrà alla madre come *figlio naturale, se sia nato entro i trecento giorni da quello della celebrazione del matrimonio;* e come *figlio adulterino solamente quando sia nato dopo compiuti i trecento giorni suddetti.*

Questa filiazione, naturale od adulterina secondo i casi, risulterebbe adunque accertata dalla sentenza stessa che accoglie l'azione in negazione di paternità promossa dal marito o dagli eredi, quand'anche non emergesse già prima dall'atto di nascita. E sarà così uno dei casi in cui anche della *maternità adulterina* può aversi una *prova legale*, perchè quella *risulti indirettamente da sentenza civile* (articolo 193, n. 1°, codice civile); il che poi darà luogo in favore del figlio al *diritto di alimenti* sì contro la madre stessa che contro gli eredi (articoli 193 e 752 codice civile).

61 *bis*, II. Parlammo finora genericamente degli effetti della sentenza che abbia pronunciato sul disconoscimento, considerandoli intrinsecamente e senza riguardo particolare alle persone a cui quegli effetti siano opponibili. Ma è uno dei punti principali e più ardui di questa materia lo stabilire, se gli effetti della sentenza, che accolga o rigetti l'istanza in disconoscimento, siano opponibili a tutti generalmente gl'interessati, quand'anche non abbiano preso parte al giudizio, o perchè non siano tra quelli che la legge vi ammette, o perchè essendo in questo numero non ab-

(1) V. Demolombe, t. V, n. 180.
(2) V. Duranton, t. III, n. 99; Laurent, t. III, n. 459

biano concorso a promuover l'azione, nè siano stati chiamati nel giudizio. Non si potrebbe però sciogliere ogni difficoltà coll'applicazione delle stesse dottrine dimostrate a simile proposito per le azioni in contestazione di stato e di legittimità? No certamente. Vi osterebbe l'indole differente di queste azioni, in confronto di quella in *disconoscimento*. I principii cardinali, col cui sussidio si possono risolvere tutte le difficoltà relative agli effetti della cosa giudicata in materia di contestazione *di stato o di contestazione di legittimità*, abbiamo veduto come si riducano a questi due; che qualora l'esercizio di tali azioni si fondi sopra un *interesse meramente pecuniario*, debbano applicarsi *senza limitazione alcuna* le regole comuni circa l'autorità della cosa giudicata (art. 1351 cod. civ.); che quando invece l'esercizio dell'azione si appoggi puramente a quell'*interesse morale* che è inerente allo stato delle persone considerato in sè stesso, debbano bensì applicarsi in generale le norme fondamentali circa la cosa giudicata, ma riservando alcune limitazioni derivabili necessariamente dal carattere d'*indivisibilità* dello stato personale medesimo (1). Ma per l'azione in disconoscimento si frappone una considerazione affatto speciale e che differenzia questa dalle altre azioni con cui si può impugnare lo stato d'una persona; cioè che, mentre la *contestazione di stato e la contestazione di legittimità* possono essere esercitate da *chiunque vi abbia interesse*, l'azione di *negazione di paternità* non può invece intentarsi, nè come fondata sull'*interesse morale* inerente allo stato personale, nè come fondata su uno speciale interesse pecuniario, fuorchè *dalle persone espressamente e tassativamente determinate dalla legge*, del che tutto demmo le dimostrazioni a luogo opportuno. Ora è chiaro come questa differenza debba potentemente influire sulla applicabilità dei principii suddetti concernenti l'autorità della cosa giudicata. Quando ognuno degli interessati,

(1) V. sopra, n. 29, pag. 213-215; n. 33, pag. 225-236.

moralmente o pecuniariamente, ha un'azione propria, individuale e distinta da quella che compete a ciascuno degli altri, è ben naturale che si applichino con rigore i principii comuni circa la *specialità degli effetti* della cosa giudicata, per cui l'autorità di essa è ristretta unicamente *tra coloro che furono parti in causa o vi furono legittimamente rappresentati;* fin dove almeno la *indivisibilità dello stato* personale non opponga una insuperabile difficoltà all'applicazione rigorosa di quei principii. Trattandosi invece d'un'azione che non compete *a tutti gl'interessati*, ma fra essi soltanto *a certe persone tassativamente determinate*, mentre sarebbe assurdo che gli altri aventi interesse, per non potere invocare gli effetti del giudicato promosso da chi ne aveva facoltà dalla legge, dovessero sopportar sempre le conseguenze d'uno stato di cose contrario a verità ed a giustizia e tale dichiarato solennemente per sentenza, è pure una necessità inevitabile che gli effetti del giudicato abbiano talvolta ad estendersi anche a chi non prese nè potè prender parte al giudizio.

Sarà dunque forse il principio della *indivisibilità dello stato personale*, che dovrà riguardarsi come assolutamente dominante in questa speciale materia, di guisa che la sentenza proferita tra alcune soltanto delle persone che potrebbero e normalmente dovrebbero prender parte al giudizio, debba avere autorità di cosa giudicata anche per chiunque altro possa avervi interesse? Vedremo essere stata tentata anche questa dottrina; ma sembrar essa una esagerazione di quel principio della indivisibilità dello stato; epperò non potersi accettarla. Gli effetti della cosa giudicata in materia di negazione di paternità devono dunque andar soggetti a norme affatto particolari, derivanti dall'indole speciale di tale azione. Delle quali norme faremo ora ricerca, studiando separatamente quali effetti la sentenza, pronunciata tra alcuni soltanto di coloro che son chiamati dalla legge a prender parte al giudizio, possa produrre per gli altri, e quali effetti essa abbia rispetto

a chi, sebbene interessato nel risultamento dell'azione, non aveva dalla legge la facoltà di promuoverla.

62. Le persone tra le quali ha luogo il giudizio di disconoscimento della paternità sono, per la parte attrice *il marito* e dopo la sua morte *gli eredi* di lui, per la parte convenuta *il figlio* e dopo la sua morte *i figli o gli eredi di lui*. Quando l'azione sia stata promossa dal *marito contro il figlio*, non vi è dubbio che la sentenza ha l'autorità della cosa giudicata anche per gli eredi sì dell'uno che dell'altro. Ciò non è che la semplice applicazione dei principii comuni (art. 1351 cod. civ.). Gli eredi del marito non hanno, se non in questa loro qualità, l'azione in disconoscimento del figlio; gli eredi di quest'ultimo non sono soggetti a tale azione se non per ragione dell'influenza ch'essa può avere relativamente ai diritti ereditarii nei quali essi sono succeduti; contro i figli del figlio premorto non agisce il marito se non in quanto dal loro genitore sarebbe stato ad essi trasmesso quello stato di filiazione legittima di cui egli fosse investito. È dunque naturale ed evidente che da una parte sia loro opponibile la sentenza pronunciata in un giudizio in cui devono considerarsi come legittimamente rappresentati dal loro autore rispettivo, e che d'altra parte, e per identica ragione, debbano essere ammessi ad invocare il benefizio di quella sentenza. Nessuna difficoltà su questo punto.

L'ipotesi della quale intendiamo ora di occuparci è però diversa, ed è la seguente. Il marito essendo morto senza aver promossa l'azione, ma prima che fosse decorso il termine utile, l'azione stessa è stata esercitata *da alcuni degli eredi* di lui contro il figlio, o *contro alcuni degli eredi di quest'ultimo*, essendo egli pure morto nel frattempo. La sentenza sarà essa opponibile contro od a favore degli altri eredi del marito o del figlio rispettivamente? Il quesito può presentare qualche dubbiezza. La dottrina francese veramente è concorde nella opinione che anche a questo

caso siano da applicarsi i principii comuni della cosa giudicata; ritenendo cioè, che per gli eredi del marito o del figlio rimasti estranei al giudizio non debba la sentenza fare stato nè pro nè contro, perciocchè non possono essi dirsi rappresentati dai coeredi che furono parti in causa, i quali avevano diritti uguali in tutto, ma completamente distinti da quelli appartenenti a loro; e che ad una tal massima di ragion comune non debba fare ostacolo il principio della *indivisibilità dello stato personale*, poichè questa indivisibilità non riguarda propriamente *le applicazioni e gli effetti particolari dello stato personale*, specialmente quando essi *concernano oggetti d'interesse pecuniario*, come appunto si verifica rispetto all'azione in negazione di paternità, in quanto essa sia esercitata *dagli eredi* del marito contro il figlio o *contro gli eredi* di lui (1). Ma questa teoria, accettata intieramente da uno degli scrittori nostri (2), è stata combattuta con molta vivacità da un altro (3). Vediamone le ragioni.

Il principio della *indivisibilità dello stato personale* — si è detto — necessariamente dominante in questa materia, ha virtù bastante a risolvere la questione. Non è ammissibile che il figlio possa essere riguardato come legittimo a fronte d'alcuni degli eredi del marito e come illegittimo per gli altri. La distinzione che a tale proposito si vorrebbe fare, tra la *natura astratta* dello stato personale e *i suoi effetti giuridici*, è sofistica, poichè la essenza di un diritto ne involge virtualmente gli effetti. Quelli tra gli eredi del marito che non abbiano preso parte al giudizio devono imputarlo a sè stessi; poichè potevano concorrere a promuovere l'azione, e non chiamati nel giudizio, pote-

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 102; Zachariae, § 546 *bis*, n[a] 32, 2[a] edizione Bruxelles; Valette sur Proudhon, t. II, pag. 66, n[a] (*a*), n. II, III; Demolombe, t. V, n. 177; Aubry et Rau, t. VI, n[a] 43, 4[a] ediz.; Laurent, t. III, n. 458, pag. 575.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 465, pag. 323.

(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 168, § 416, pag. 632-633.

vano intervenirvi. Non avendolo fatto, devesi riputare ch'essi si siano rimessi alla giustizia del tribunale. Sarebbe molto strano il sistema che ammettesse gli eredi del marito ad attaccare ad uno per volta lo stato del figlio, costringendolo altrettante volte a difendersi, per alternare forse le vittorie colle sconfitte, e rimanere sempre incerto del suo stato; il che peggiorerebbe la condizione del figlio allorchè l'azione si trasmette dal marito agli eredi, mentre anzi in questo passaggio essa dovrebbe divenire meno energica contro di lui. D'altronde anche gli eredi hanno un termine breve e perentorio per intentare l'azione; termine decorribile dal giorno nel quale il figlio abbia manifestate le sue pretensioni sulla eredità. Peggio per loro se non si sono mossi a questa provocazione. Il decorso del tempo avrà presto estinta la loro azione. Tali sono, in breve, gli argomenti addotti dall'illustre *Borsari* contro la dottrina professata dagli autori francesi.

Noi pure avvertimmo, parlando degli effetti delle sentenze che possono essere pronunciate sulle diverse *questioni di stato*, come il principio della *indivisibilità dello stato personale* non debba mai in tali argomenti essere posto in dimenticanza. Ma non credemmo che quel principio potesse di per sè solo essere risolutivo d'ogni questione concernente l'autorità della cosa giudicata in materia di stato personale; il che, se fosse vero, avrebbe per conseguenza che ogni sentenza proferita sopra *azioni di stato*, ad istanza di qualunque delle persone che possono promuoverle, *avesse effetto per tutti*. Ci sembrò all'opposto che quel principio dovesse combinarsi razionalmente coll'altro che regola in generale gli effetti della cosa giudicata; ritenendo per massima fondamentale che una sentenza pronunciata anche sopra *una quistione di stato* non abbia autorità di cosa giudicata fuorchè *tra le persone che furono parti in causa o vi furono legittimamente* rappresentate, salvo solo quei casi speciali in cui la *indivisibilità dello stato personale* opponesse un assoluto ostacolo all'applicazione di

quella massima (1). Riputavamo che potessero così conciliarsi nel vero i due opposti sistemi, che ci parevano eguali esagerazioni di principii, che sarebbero giusti in sè stessi e purchè fossero rettamente applicati; il sistema cioè che vuol rendere onnipotente il principio della indivisibilità dello stato personale, sacrificandogli totalmente le massime fondamentali che regolano in generale l'autorità della cosa giudicata, e l'altro il quale insegna al contrario che " se lo stato personale è *indivisibile in sè stesso*, bisogna " però vedere *da quale mezzo di prova esso risulti; che se* " *sia da una sentenza, lo stato non esiste quale è dichia-* " *rato dalla sentenza stessa, se non tra le parti che furono* " *in causa* " (2).

Postici in questo campo, ci sembrava naturale l'appoggiarsi alla distinzione tra lo stato personale in sè stesso e le applicazioni che se ne possono fare, gli effetti particolari che possono derivarne; chè se nel primo rapporto è sempre necessariamente da osservarsi il principio della *indivisibilità* dello stato medesimo, non può dirsi altrettanto pel secondo rapporto, specialmente quando gli effetti dello stato risguardino oggetti d'interesse pecuniario. Certamente sarebbe inconcepibile che, dato uno stato come appartenente ad una persona, si ritenesse mancarne a lei gli attributi essenziali, o questi non competerle che in parte. In ciò starebbe una vera offesa all'indivisibilità dello stato; offesa che non potrebbe rendersi tollerabile neppure per omaggio alla *specialità degli effetti della cosa giudicata.* Ma non può dirsi altrettanto di quei particolari effetti, riferentisi ad *oggetti d'interesse pecuniario*, che dipendono veramente dallo stato della persona, ma potrebbero anche non sussistere in fatto, senza che perciò mancasse nulla alla costituzione ed agli attributi essenziali dello stato personale stesso. Allora il non ammettere

---

(1) V. sopra, n. 22, pag. 180-185; n. 29, pag. 213; n. 33, pag. 225.
(2) V. Laurent, loco citato.

che a fronte di certe persone si producano quegli effetti particolari, non nuoce punto alla *indivisibilità dello stato*, intesa nel vero suo senso. Allora pertanto non vi è ragione per declinare dai principii fondamentali regolatori dell'autorità della cosa giudicata. Così è perfettamente concepibile che taluno avendo un determinato stato personale, e per effetto di esso esercitando verso una data persona un diritto di alimenti o di successione, non possa far valere uguale diritto, pel medesimo titolo, verso una persona diversa. Non ci pare davvero giustificata l'accusa di sofisma contro questa dottrina universalmente professata; nè riputiamo efficace abbastanza l'osservazione che " *la essenza di un diritto ne involge virtualmente gli* " *effetti* „ poichè se ciò è vero di quegli effetti che formano appunto parte integrante della essenza stessa del diritto, non lo è però per gli altri la cui esistenza particolare ed applicata a determinati oggetti d'interesse pecuniario non è assolutamente necessaria all'essenza stessa del diritto.

62 *bis.* Le teorie ricordate superiormente trovano un'applicazione diretta e naturale nella presente quistione. Trattasi in essa dell'azione in disconoscimento *intentata da alcuni degli eredi del marito*, sia poi *contro il figlio*, sia anche *contro alcuni degli eredi di lui.* Ora in questa ipotesi, non si deve dimenticarlo, l'azione degli eredi non può appoggiarsi ad altro che all'*interesse pecuniario inerente alla eredità, e consistente nel difenderla dagli attacchi del figlio* che, nell'addotta qualità sua di legittimo, prenda il possesso dei beni del marito defunto o turbi il possesso degli eredi di lui. Ciò posto, è evidente come l'azione di questi eredi abbia per oggetto diretto e principale, piuttostochè lo stato del figlio, intrinsecamente considerato, ed i suoi attributi essenziali, quell'*effetto particolare e pecuniario* di esso che consisterebbe nel diritto alla successione paterna. Lo stato del figlio non è posto da loro in

discussione fuorchè come *mezzo necessario a conservare i loro diritti ereditari.* Il che è tanto vero, che quello tra gli eredi che avesse rinunziato alla eredità non potrebbe più, quantunque parente legittimo, esercitare l'azione in disconoscimento, e che (lo diremo colle parole stesse del *Borsari*) “ ove si trattasse d'una eredità di nome e *senza* “ *sostanza,* non si direbbe mai ch'essi avessero acquistato “ questo gius personale „ (1). Non è dunque del principio della *indivisibilità dello stato,* ma piuttosto di quello della *specialità di effetto della cosa giudicata,* che deve qui farsi rigorosa applicazione.

Si obbietta agli eredi che non presero parte al giudizio, dover essi incolparne sè stessi, poichè avrebbero potuto concorrere a promuovere l'azione, od intervenire in causa. Ma è da ricordare una massima ottimamente dimostrata dallo stesso egregio autore; che cioè “ non “ deve accettarsi una dottrina che permette agli eredi di “ *agire innanzi tempo, prima cioè ch'essi ricevano dal sedi-* “ *cente figlio una perturbazione che ecciti il loro interesse* „ (2). E poichè ciascuno degli eredi ha individualmente la propria azione pel disconoscimento del figlio, perfettamente distinta da quelle degli altri, ne segue che le turbative inferite dal figlio stesso ad alcuno tra gli eredi, non possano mettere in mora nè autorizzare gli altri ad agire. Così, se taluno degli eredi non sia stato molestato dal figlio nel possesso dei beni del marito defunto, non sarà giusto il rimproverargli di non aver promossa l'azione, nè di non essere intervenuto nel giudizio, poichè ciò non gli sarebbe stato permesso. Se tutti abbiano sofferte uguali turbative, ma alcuni abbiano promossa l'azione entro il breve termine prefisso, altri l'abbiano lasciato trascorrere in silenzio, questi ultimi saranno senz'altro decaduti dall'azione, e ciò troncherà ogni questione. Se tutti parimente

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 167, § 414, pag. 628.
(2) V. Borsari, loco citato.

siano stati molestati e tutti abbiano promossa l'azione, ma separatamente, potrà esser chiesta la riunione delle istanze. Ma nel primo caso non è ammissibile che contro un erede, il quale non agì perchè non poteva, sia opponibile la sentenza pronunciata contro gli altri eredi, i quali non avevano veste alcuna per rappresentare lui che aveva interessi e diritti proprii completamente distinti. E come la rinunzia o la decadenza d'uno dei coeredi non potrebb'essere opponibile agli altri, nemmeno può, per uguali ragioni, essere opponibile a loro tutti la sentenza che sia stata proferita contro alcuni soltanto. Il figlio può evitare, quando lo voglia, di rimanere esposto a parecchi separati giudizi di disconoscimento, purchè, spiegando le sue pretensioni contro tutti gli eredi, li ponga contemporaneamente in mora ad agire entro il breve termine prefisso dalla legge. Ma ben sarebbe singolare ch'egli potesse, lasciando tranquilli alcuni degli eredi, preparar loro la sorpresa di far valere più tardi in loro danno la sentenza pronunziata in un giudizio al quale avrebbero dovuto rimanere estranei. Analoghe considerazioni sono pure applicabili al caso di sentenza proferita in un giudizio di disconoscimento, nel quale fossero stati chiamati *alcuni soltanto degli eredi del figlio, essendo anche allora d'interesse individuale e pecuniario l'oggetto principale e diretto della controversia che sarebbe mossa contro di loro dagli eredi del marito*. Dovrebbesi quindi ritenere anche qui, colla dottrina francese, che la sentenza pronunciata tra gli eredi del marito ed *alcuni soltanto degli eredi del figlio* non potrebbe giovare nè nuocere agli altri eredi del figlio.

Quando l'azione in disconoscimento fosse stata intentata *dal marito contro alcuni soltanto dei figli del figlio* (1) è chiaro ancora doversi applicare puramente e semplicemente i principii comuni sugli effetti della cosa giudicata,

(1) V. sopra, n. 49, pag. 365-367.

sebbene si tratti qui veramente dell'azione morale di disconoscimento, non di un'azione puramente pecuniaria; poichè ad ogni modo non è il caso di far valere il principio della *indivisibilità*, quando non si tratta dello stato d'una sola *persona*, ma di più, l'una delle quali può benissimo essere investita dello stato legittimo e l'altra no.

63. Dobbiamo adesso considerare gli effetti della cosa giudicata in materia di negazione di paternità, in relazione a coloro che, avendo pure un qualche interesse nel risultamento dell'azione stessa, avessero tuttavia dovuto rimanere estranei all'esercizio di essa perchè la legge non attribuiva loro la qualità necessaria per immischiarsene. Basterà a tale proposito il rammentare che l'azione in negazione di paternità è riservata *al solo marito* finchè egli vive, e dopo la sua morte è data *esclusivamente agli eredi* di lui; e però non potrebbero mai esercitarla i *parenti materni*, nè gli stessi *parenti paterni che non avessero qualità di eredi* del marito, sebbene essi pure potessero allegar sempre un interesse morale ad espellere dalla famiglia il figlio come illegittimo, e potessero talora avervi anche impegnati interessi pecuniarii rilevanti (1). Or bene, la sentenza proferita sull'azione in negazione di paternità intentata dal marito o dagli eredi di lui, dovrà, se favorevole, profittare anche ai *parenti materni* od ai *parenti paterni* che non abbiano quella qualità di eredi, e potrà, se contraria, essere opponibile anche a loro? Il quesito, guardato in astratto, non può dar cagione a molti dubbi. Nessuno anzi può presentarsene *allorchè la sentenza abbia respinta l'istanza*. Troncata così la via al disconoscimento del figlio, per coloro stessi che soli erano ammessi dalla legge ad intentarlo, confermata quindi definitivamente ed irretrattabilmente la presunzione della

(1) V. sopra, n. 39, pag. 302; n. 41, pag. 325-326; n. 42, pag. 327-328.

filiazione paterna legittima, quale rimedio potrebbe mai offrirsi contro questo stato di cose a persone alle quali la legge nega qualunque facoltà di agire in ordine a tale disconoscimento? Qualche difficoltà può incontrarsi veramente allorchè invece la sentenza *abbia accolta l'azione*. Potrebbesi pensare che anche allora la vittoria non dovesse profittare fuorchè a coloro i quali poterono prender parte alla contestazione giudiziale; e che i parenti materni, ed anche i paterni non aventi qualità di eredi del marito, non potessero invocare i favorevoli risultamenti di un giudizio al quale, per disposizione della legge, essi erano estranei ed in cui non potrebbero dirsi legittimamente rappresentati da coloro ai quali era riservata, nel proprio interesse esclusivo, l'azione. Tuttavia sembra facile riconoscere il fondamento della massima opposta. Non è possibile dubitarne allorchè sia *il marito* stesso che abbia ottenuta *contro il figlio* la sentenza che lo dichiari illegittimo. Poichè gli effetti dello stato personale, dai quali soltanto sarebbe costituito l'interesse che altre persone avrebbero nella questione decisa dall'autorità giudiziaria, non sono altro che derivazioni dei rapporti di filiazione legittima presunti dalla legge tra il marito ed il figlio, è chiaro che, distrutti per la dichiarazione recata dalla sentenza questi rapporti, quegli effetti non sono più possibili, e però la sentenza deve poter essere opposta anche da quelle terze persone; nè saprebbesi come concepire che distrutti i vincoli che la legge presumeva tra il marito ed il figlio, potesse ancora quest'ultimo invocare contro alcuno gli effetti giuridici di questi vincoli stessi. E supponendo pure che la controversia non fosse stata tra il marito ed il figlio, ma cogli eredi dell'uno o dell'altro, vi sarebbero ugualmente ragioni decisive per ritenere che la sentenza pronunciata dovesse fare stato a fronte di qualunque altra persona avente interesse. La legge, in cui dominio assoluto sta la presunzione di filiazione paterna legittima, che è creazione sua, ritrae quella presun-

zione allorchè essa sia stata impugnata vittoriosamente in giudizio dalle persone che la legge medesima designa. La sentenza ottenuta da queste persone sostituisce, in virtù del potere conferitone all'autorità giudiziaria, alla presunzione legale di paternità legittima del marito la presunzione d'una verità contraria. Era in tale senso che i giureconsulti romani dicevano a questo proposito: " placet ejus rei judicem *jus facere* „ (1) perchè cioè il pronunciato del giudice subentra in questa specialità alla legge, e così toglie a qualunque persona ogni diritto di discuterne. Ora la legge ammette che gli eredi del marito, non meno di lui stesso, possano impugnare, sia direttamente contro il figlio, sia, presentandosene il caso, contro gli eredi di lui, la presunzione legale di paternità legittima del marito. Se la loro azione sia accolta, questa presunzione resta dunque completamente distrutta; ed è la legge stessa che, dipendentemente dalla sentenza pronunciata in virtù del potere da essa conferitone, ritiene oramai per quel caso speciale il contrario di ciò che in via di presunzione generale ha stabilito; ritiene cioè che *il figlio, sebbene concepito durante il matrimonio, non abbia per padre il marito.* Posto ciò, come sarebbe possibile che il figlio avesse ancora ad invocare, fosse pure a fronte di persone rimaste estranee al giudizio, gli effetti a lui favorevoli d'una presunzione che la legge gli ha ritolta? Quella sentenza può dunque essere opposta, al par d'una legge, da chiunque vi abbia interesse. Inoltre è facile riconoscere la singolarità e l'inammissibilità delle conseguenze che deriverebbero da una massima contraria. Se le persone aventi interesse nell'esclusione del figlio dalla famiglia legittima, ed alle quali tuttavia è negata dalla legge qualunque facoltà di agire a tale scopo, non potessero nemmeno approfittare della sentenza pronunciata ad istanza di coloro a cui l'azione è esclusivamente

---

(1) L. 3, ff. *de agnoscendis et alendis liberis*, XXV, 3.

concessa, ne seguirebbe che per esse la presunzione di paternità legittima del marito dovesse rimaner sempre inalterabile, e conservarsi pienamente efficace non ostante che il figlio fosse oramai considerato come illegittimo a fronte dei principali interessati. Or ciò sarebbe contrario all'intendimento della legge, che della paternità del marito non volle fare una presunzione assolutamente inattaccabile, ma volle che potesse essere impugnata per le cause tassativamente da essa indicate; sarebbe contrario a ragione, facendo sussistere per sempre a fronte di alcune persone gli effetti d'uno stato personale che per altre più direttamente interessate sarebbe ormai solennemente dichiarato per sentenza e ritenuto dalla legge stessa come inesistente, ed impedendo che per quelle persone stesse potesse mai la verità prendere il debito predominio sulla presunzione.

63 *bis*, I. Le predette ragioni hanno tutta la loro forza e sono risolutive della quistione allorchè *tutte* le persone tra le quali la legge stabilisce potersi dibattere la contestazione, abbiano effettivamente preso parte al giudizio nel quale sia stata proferita sentenza che accolga l'azione in disconoscimento. Perciò la dottrina è concorde nel ritenere che “ se la sentenza sia stata pronunciata fra *il marito o tutti gli eredi di lui*, da una parte, ed *il figlio o tutti i suoi eredi* dall'altra, essa abbia *l'autorità della cosa giudicata a favore di tutte le persone interessate ad affermare l'illegittimità del figlio* „ (1). Le difficoltà gravi cominciano allorchè si tratti d'una sentenza che sia stata proferita *a fronte d'alcuni soltanto* tra gli eredi del marito o tra gli eredi del figlio. Allora, sia poi che *il marito* o *tutti gli eredi di lui* abbiano tratti in giudizio *alcuni degli*

(1) V. Duranton, t. III, n. 99; Valette sur Proudhon, t. II, pag. 66, nª (*a*), II; Zachariae, § 546 *bis*, nª 33, 2ª ediz. Bruxelles; Demolombe, t. V, n. 175; Laurent, t. III, n. 458, pag. 574.

eredi del figlio, o che *alcuni degli eredi del marito* abbiano agito contro *il figlio* o *contro tutti* o *contro alcuni soltanto degli eredi di quest'ultimo*, sia ancora che la sentenza abbia ammessa od abbia respinta l'azione in disconoscimento, vi è ragione di dubitare se la sentenza medesima possa essere opposta o giovare, secondo i casi, alle altre persone interessate, ma a cui era dalla legge negato l'esercizio dell'azione.

Chi desse, col *Borsari*, una così estesa applicazione al principio della indivisibilità dello stato personale, da ritenere che la sentenza proferita sull'azione in disconoscimento, tra alcuni soltanto degli eredi del marito od alcuni degli eredi del figlio, avesse autorità di cosa giudicata anche rispetto agli altri eredi rimasti estranei al giudizio, avrebbe per fermo già risoluto ogni dubbio. Imperocchè equiparandosi, in tale opinione, questo caso a quello in cui tutti gli eredi del marito o del figlio avessero preso parte al giudizio, e stante la massima dimostrata sopra che quando siano stati in causa tutti coloro fra cui la legge ammetteva potersi agitare la controversia, la sentenza debba *fare stato per tutti*, anche per le persone che dovevano rimanere estranee alla lite, ne seguirebbe che una regola uguale dovesse pur valere per la ipotesi che l'azione fosse stata promossa solo da alcuni degli eredi del marito o contro alcuni degli eredi del figlio. E infatti l'egregio autore insegna che la sentenza proferita sull'azione in disconoscimento debba *fare stato per tutti*, nè distingue se o no abbiano preso parte al giudizio tutti coloro che lo potevano secondo la legge (1). Ma se si accetti la dottrina opposta, generalmente professata dagli altri autori, diventa chiara la ragione dei quesiti sovra proposti; giacchè avendosi una sentenza la quale accoglie o rigetta l'azione in disconoscimento quanto ad alcuni tra gli eredi del marito o del figlio, ma lascia intatta la questione rispetto agli

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 168, § 416, n. 2, pag. 633.

altri, lo stato della filiazione legittima che forma oggetto di controversia trovasi in una posizione ambigua, nella quale si rimane a primo aspetto perplessi a decidere qual sia la sorte che debba toccare agli altri, i quali abbiano interesse nella contestazione senza potervi prendere parte attiva.

Distinguiamo i casi in cui abbiano avuta parte nel giudizio alcuni soltanto degli *eredi del marito*, da quelli in cui siansi trovati in causa alcuni soltanto degli *eredi del figlio*; ed occupandoci per ora della prima di queste categorie di casi, cominciamo dall'ipotesi più semplice. Il figlio ha turbato nel possesso dei beni del marito defunto uno solo di due eredi, dal quale perciò è stato tratto in giudizio con l'azione d'impugnazione della filiazione legittima a cui egli pretende. Supponiamo che la sentenza sia stata favorevole all'attore. I *terzi*, cioè i parenti legittimi materni o paterni, i quali non essendo eredi del marito non avevano diritto di partecipare all'azione, potranno approfittare della sentenza così proferita ad istanza di uno degli eredi, e negare, nei loro rapporti col figlio, tutti gli effetti che dipenderebbero dallo stato legittimo di lui? Per affermarlo bisognerebbe che queste terze persone potessero dire distrutta, in virtù del giudicato, la presunzione di filiazione legittima che stava in favore del figlio. Or questa allegazione avrebbe forse fondamento, mentre non havvi autorità di cosa giudicata fuorchè rispetto ad alcuni degli eredi del marito, e contro gli altri rimane ancora intatta la presunzione di legittimità del figlio, infino a quando essi pure non abbiano ottenuta sentenza in proprio favore? Alcuni autori hanno detto che la presunzione di filiazione legittima *è in questo caso intaccata, ma non intieramente distrutta* (1); e la proposizione ci sembra esattissima. Ciascuno degli eredi del marito ha, lo sappiamo, pel discono-

(1) V. Valette sur Proudhon, l. c., pag. 67, nª (*a*), § III; Demolombe, t. V, n. 178.

scimento del figlio, un'azione propria, distinta da quella degli altri coeredi, e fondata unicamente sull'interesse pecuniario consistente nel difendere i proprii diritti sui beni ereditarii contro le usurpazioni o le turbative di possesso che si commettano dal figlio. Considerata dunque l'azione individualmente per ciascuno degli eredi, gli effetti di essa, come lo scopo, si restringono *a mantenere i diritti dell'erede attore sui beni della successione*, contro le pretensioni accampate dal figlio. È solamente quando la questione sia stata decisa *in favore di tutti gli eredi del marito*, che trovandosi essa esaurita, perchè non vi è oramai più alcuno contro il quale il figlio potesse far riconoscere giudizialmente la propria legittimità, può dirsi con fondamento che la presunzione di paternità del marito ha cessato di esistere. Ed allora come vedemmo, anche terze persone potrebbero pertanto approfittare di quei giudicati. Ma fintantochè qualcuno degli eredi non abbia esercitata l'azione che gli compete, rimane in vigore, a fronte almeno di lui, la presunzione di legittimità del figlio; e ciò basta perchè essa *non possa dirsi distrutta* dalla sentenza proferita ad istanza d'altri suoi coeredi, *e resti solamente intaccata*, per ciò che riguarda gli *effetti pecuniari* che a fronte di questi ultimi potevano derivarne *in ordine ai loro diritti sui beni lasciati dal marito*. Se la presunzione di legittimità sussiste ancora, se gli effetti della sentenza o delle sentenze pronunciate ad istanza di alcuni soltanto tra gli eredi del marito si limitano ai rapporti pecuniari concernenti i loro diritti sull'eredità, è chiaro dunque che le terze persone, non aventi diritto a frammettersi nell'esercizio dell'azione in disconoscimento, non potranno appoggiare a quei giudicati le loro pretensioni a cui dovrebb'essere fondamento la illegittimità del figlio. Queste pretensioni non potrebbero divenire diritti giustificati, se non quando anche gli altri eredi del marito riportassero sentenze conformi; frattanto il figlio deve ancora riguardarsi da loro come legittimo. Non potrebb'essere altri-

menti; anche perchè i terzi non potrebbero essere favoriti più degli eredi stessi del marito, i quali se siano rimasti estranei al giudizio non hanno a giovarsi delle sentenze ottenute dai loro coeredi (1). Che cosa però avverrebbe quando gli altri eredi esercitassero poi effettivamente l'azione, ma soccombessero; di guisa che ne risultasse una contrarietà di giudicati? È questione che, essendo comune anche a qualche altro caso di cui dobbiamo ancora occuparci, sarà trattata più innanzi.

Ora supponiamo il caso opposto a quello di cui abbiamo discorso finora; supponiamo cioè che la sentenza provocata da uno degli eredi del marito gli sia stata sfavorevole. Allora è raffermata quanto a lui, e resa definitivamente inattaccabile la presunzione di legittimità del figlio. Quanto all'altro erede rimasto estraneo al giudizio, quella presunzione sussiste ancora, ma sempre impugnabile per le cause ammesse dalla legge e purchè si verifichino le condizioni e siasi entro i termini da essa stabiliti; perchè rispetto a lui non fa stato, nè pro nè contro, la sentenza pronunciata ad istanza del suo coerede. Ai terzi poi, interessati nella questione della legittimità del figlio ma non aventi diritto di esercitare l'azione per impugnarla, tutto ciò non potrebbe arrecare verun cangiamento di condizione; se non ammettendo che, quando l'altro erede avendo effettivamente intentata egli pure l'azione, ed essendone riescito vincitore, potesse, ai terzi che volessero profittare di questo nuovo giudicato, essere opposta la sentenza anteriore con cui fu respinta l'azione del primo. Ma questa si riduce sempre alla questione di cui ci proponemmo di trattare in fine e risguardante i casi di *contrarietà nei giudicati*.

Le stesse massime sin qui dimostrate sono ugualmente applicabili, quando l'azione promossa *da alcuni soltanto degli eredi del marito*, sia stata diretta, essendo premorto

(1) V. Duranton, t. III, n. 102; Valette sur Proudhon, l. c.; Zachariae, t. II, § 546 *bis*, nᵉ 34, 35, 2ª ediz. Bruxelles; Demolombe, t. V, n. 178; Laurent, t. III, n. 458, pag. 576.

il figlio, *contro tutti gli eredi di lui*. Se invece le molestie essendo state arrecate soltanto *da alcuni degli eredi del figlio ad alcuni degli eredi del marito*, siasi tra essi limitato il giudizio, non vi ha che una ragione di più per ritenere che la presunzione di legittimità del figlio non sia totalmente distrutta, e che quindi non possano in alcun modo i terzi giovarsi della sentenza, i cui effetti si restringono allora necessariamente ai soli *interessi pecuniari* di coloro che furono parti in causa.

63 *bis*, II. Resta di far qualche indagine intorno al caso che si tratti di sentenza proferita *a fronte di alcuni soltanto degli eredi del figlio*. Indicammo già poter questo avvenire per azione intentata tanto *dal marito* quanto *da tutti gli eredi di lui*. Dell'ipotesi in cui fossero state parti in causa da un lato *alcuni degli eredi del marito*, dall'altro *alcuni degli eredi del figlio*, trattammo già or ora, nè qui avremmo nulla da aggiungere.

Può darsi che *alcuni degli eredi del figlio* abbiano arrecate perturbazioni *a tutti gli eredi del marito* nel possesso dei beni di lui, ed allora divien naturale che la quistione di stato si agiti tra queste persone. Può darsi altresì che alcuni degli eredi del figlio arrechino, in questa loro qualità, molestie al marito; pretendendo, per esempio, di far valere loro ragioni su quella parte che sarebbe spettata al figlio medesimo in una successione apertasi prima della morte di lui ed alla quale sarebbe stato chiamato come figlio legittimo insieme al presunto padre suo. Questi allora potrà difendersi coll'escludere, per mezzo della negazione di paternità, la legittimità del figlio in rappresentanza del quale si presentano questi eredi. Abbiam veduto veramente che gli eredi del marito non potrebbero agire in disconoscimento contro il figlio, per le molestie che fossero loro inferite sopra beni d'un'altra successione (1).

---

(1) V. sopra, n. 55 *bis*, IV, pag. 426-428.

Ma non vi è motivo d'analogia per argomentare da ciò, che debba essere vietato al marito stesso di difendere contro gli eredi del figlio, e col mezzo della negazione di paternità, un proprio interesse pecuniario dipendente da ragioni di successione. Ora in questi casi, nei quali il marito o tutti gli eredi di lui abbiano agito in negazione di paternità *contro alcuni degli eredi del figlio*, quale potrà essere, rispetto ai terzi, interessati ma rimasti necessariamente estranei alla controversia, l'effetto della sentenza che abbia ammessa od abbia rigettata l'azione? Non è dubbio, innanzi tutto, che *per gli altri eredi del figlio*, i quali non furono in causa, come la sentenza accogliente la negazione di paternità non produrrebbe effetto neppure *a favore del marito o degli eredi* di lui, molto meno potrebb'essere ad essi *opponibile da terze persone*, per quanto esse avessero interesse all'esclusione del figlio dalla famiglia legittima. Essendo stato giudicato della illegittimità solamente a fronte di alcuni tra gli eredi del figlio, la questione non è decisa fuorchè in relazione ad essi e per quel particolare loro interesse pecuniario che diede causa alla contestazione; i diritti degli altri eredi del figlio non ne sono pregiudicati, e la presunzione di legittimità del loro autore sussiste ancora intatta quanto a loro. I terzi non hanno dunque diritto a giovarsi di quel giudicato; poichè sarebbe necessario a tale uopo che fosse *completamente distrutta questa presunzione.*

Ma per quelli tra gli eredi del figlio, che furono parti in causa, la questione è decisa immutabilmente. Essendosi essi nel giudizio trovati a fronte del marito o di *tutti gli eredi di lui*, la controversia è dunque esaurita per loro, non vi essendo più alcuno contro il quale potessero far riconoscere la legittimità di stato del loro autore; la quale pertanto non potrebb'essere più allegata da essi per veruno effetto giuridico. Da ciò deve dunque derivare che se anche terze persone adducano diritti che si fondino sulla illegittimità del figlio, quelli tra gli eredi di lui contro i quali una

tale illegittimità sia stata dichiarata per sentenza proferita ad istanza *di tutti gli eredi del marito*, non abbiano ragione alcuna ad opporre. Sembra pertanto da accettarsi intieramente l'insegnamento del *Zachariae*, che " quando la " sentenza non sia stata pronunciata che contro alcuni " degli eredi del figlio, essa *ha bensì l'autorità della cosa " giudicata in favore di tutte le persone interessate a sostenere la illegittimità del figlio stesso, ma non l'ha fuorchè " contro quelli, tra essi eredi, che furono parti in causa* „ (1).

63 *bis*, III. Supponemmo finora che nel giudizio promosso contro alcuni degli eredi del figlio, la sentenza sia stata favorevole alla parte attrice. Facendo l'ipotesi opposta, che cioè l'azione fosse stata respinta, è chiaro che per quelli, tra gli eredi del figlio, a favore dei quali la decisione fosse stata data, sarebbe raffermata definitivamente, *a fronte di tutti e per qualunque effetto di diritto*, la presunzione di legittimità del loro autore. Laonde, per quanto li riguarda, non potrebb'essere lecito ad alcuno, e meno che ad altri a terze persone mancanti di qualità per prender parte alla controversia giudiziale, il rivocare in dubbio l'efficacia di quella presunzione. Ma è chiaro altrettanto che contro gli altri eredi del figlio, rimasti estranei al giudizio, la presunzione continuerebbe ad esser impugnabile per le cause, nei modi e dentro i termini stabiliti dalla legge. E qualora la parte attrice in questo nuovo giudizio riuscisse vittoriosa, l'erede o gli eredi del figlio contro cui la sentenza venisse pronunciata, vedrebbero in essa, a loro volta, decisa definitivamente e *a fronte di tutti* la questione della legittimità del loro autore, per ciò che concerne gli effetti che tale legittimità potesse avere a loro riguardo. Pertanto anche terze persone potrebbero opporre a costoro la sentenza pronunciata contro di essi, per le ragioni stesse per le quali abbiam veduto doversi

---

(1) V. Zachariae, § 546 *bis*, 1°, n° 33, 34, 2ª ediz. Bruxelles.

dire altrettanto del caso in cui, alcuni degli eredi del figlio non avendo mai preso parte ad un giudizio di disconoscimento di lui, fosse invece stata dichiarata contro altri l'illegittimità del loro autore.

In questo modo adunque resterebbe risoluta, *per ciò che riguarda gli eredi del figlio*, la questione che può sorgere dalla *contrarietà dei giudicati* relativi alla filiazione paterna legittima di lui. Una decisione simile sarebbe forse applicabile eziandio all'altra ipotesi, della quale ci riserbammo di trattar qui, all'ipotesi cioè che la contrarietà delle sentenze si verifichi, non rispetto agli eredi del figlio, ma rispetto agli *eredi del marito*, che abbiano agito contro il figlio medesimo in negazione di paternità? Può parer difficile, a primo aspetto, lo scorgere tra i due casi una differenza, che giustifichi una corrispondente diversità di massime. Eppure ci sembra che la differenza sussista, grave e decisiva. Quando è contro i diversi eredi del figlio che il marito o gli eredi di lui hanno riportato in separati giudizi sentenze contrarie l'una all'altra, l'oggetto vero delle avvenute controversie giudiziali non può consistere che in quei diritti ereditari che ai predetti eredi del figlio erano contestati per l'addotta illegittimità del loro autore. Ora, nulla osta a poter ritenere, anche rimpetto a terze persone, che ad alcuni degli eredi competano i *diritti pecuniari* dipendenti per loro dallo stato legittimo del figlio a cui sono succeduti, mentre simili diritti non possano essere esercitati da altri coeredi, in forza delle sentenze intervenute contro di loro; il che d'altronde è conforme ai principii fondamentali sull'autorità della cosa giudicata. Quando all'opposto le sentenze recanti decisioni contrarie, siano state proferite *tra diversi eredi del marito* trovatisi *a fronte del figlio*, la questione degli effetti che tali decisioni possano avere per terze persone, non riguarda altro che *i rapporti personali tra questi terzi ed il figlio*. Ora il figlio non può certamente essere per essi considerato ad un tempo come legit-

timo e come illegittimo. È uno dei casi ne' quali il principio della *indivisibilità dello stato personale* opporrebbe, a nostro avviso, ostacolo insuperabile a ritenere una massima che sarebbe veramente un assurdo. Ma d'altra parte, se vi sono giudicati contradditorii, se, per esempio, essendovi due eredi del marito che agirono separatamente in disconoscimento del figlio, fu deciso in favor dell'uno ammettendo l'azione e contro l'altro rigettandola, come mai si potrà uscire dalla difficoltà? Quali ragioni potranno esservi per preferire l'una all'altra di queste decisioni, in ciò che riguardi i rapporti tra il figlio e terze persone? La ragione decisiva a tale proposito potrà sempre trovarsi nel favore meritamente attribuito dalla legge allo stato di legittimità del figlio, e nella massima conseguente che in ogni caso di dubbio debba sempre mantenersi, per tutti gli effetti di diritto, la presunzione legale di paternità del marito. E poichè qui appunto la contrarietà tra le sentenze pronunciate sulle distinte istanze dei diversi eredi del marito lascia un'evidente ambiguità nello stato del figlio, sarebbe dunque la sentenza favorevole a questo che dovrebbesi riputare *fare stato a fronte dei terzi.* Seguiamo in ciò l'opinione di più giureconsulti autorevolissimi. " Potrebbe accader benissimo — disse uno di essi — che " *il figlio soccombesse* nella sua lotta *a fronte di alcuni successori del marito*, e riuscisse invece vittorioso contro " certi altri. Se si presentasse questa diversità di decisioni " sulla questione del disconoscimento, le sentenze *proferite contro il figlio non profitterebbero se non a quelli che* " *le avessero ottenute; non mai ai terzi*, per esempio ai " parenti della madre „ (1).

64. Gli effetti della cosa giudicata, in materia di negazione di paternità, giungono essi fino a togliere al

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, pag. 67, n^a^ (*a*), II-III, 3^a^ edizione; Demolombe, t. V, n. 178; Aubry et Rau, t. VI, § 545 *bis*, n^a^ 45, 4^a^ edizione.

marito stesso la facoltà di rinunziare al benefizio della sentenza che avesse accolta l'azione da lui promossa?

È certo, prima di tutto, che la soluzione affermativa di questa quistione non potrebbe essere considerata come conforme ai principii generali, secondo cui è lecito ad ognuno il rinunziare *all'eccezione della cosa giudicata*, come a qualunque altra che stia in suo favore. Il *Merlin* non ha dubitato dell'applicabilità di questo principio anche alla cosa giudicata in materia di disconoscimento di paternità. Trattando la questione se i possessori dei beni del marito assente possano o no esercitare in luogo di lui l'azione in negazione di paternità, il celebre giureconsulto confutava l'obbiezione che si volesse dedurre dalla facoltà che competerebbe al marito, quando ritornasse dall'assenza, di far cadere la decisione che avesse accolta quell'azione, col riconoscere la propria paternità. E diceva che una tale argomentazione non sarebbe concludente: " salvo che si volesse giungere fino a pretendere — ciò " che sarebbe il colmo dell'assurdità — che un marito " presente non fosse ammissibile a sconfessare la pre- " sunta paternità sua, pel pretesto, che *egli sarebbe* " *poscia in facoltà di desistere dalla sentenza che avesse* " *ottenuta* „ (1).

La dottrina francese più recente sta però per l'opinione contraria; professando che in questa specialità di materia sia da farsi eccezione ai principii comuni, e da negarsi al marito la facoltà di rinunziare al benefizio della sentenza che abbia ammessa l'azione in negazione di paternità da lui promossa, e di rendere così lo stato di legittimità al figlio. Gli argomenti addotti per giustificare quest'opinione sono pochi ma sommamente energici.

Quantunque sia facoltativo al marito il promuovere o no l'azione in disconoscimento, quando però essa sia stata

---

(1) V. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Légitimité*, § VIII, 3ª ediz. Bruxelles, pag. 246.

da lui esercitata ed accolta per sentenza, questa sta *come legge*, alla cui presunzione sostituisce la contraria di *non-paternità del marito, e fa stato per tutti. È come legge;* e quindi non può essere in potere d'alcuno il rendere al figlio quella legittimità di cui la sentenza l'ha spogliato, poichè non v'ha privata persona che possa disfare una legge. *Fa stato per tutti*, e però attribuisce immediatamente a chiunque appartenga alle famiglie paterna e materna un *diritto acquisito di considerare il figlio disconosciuto* come *adulterino;* diritto che quindi non potrebbe esser tolto a costoro per sola volontà del marito e in virtù di un atto posteriore di lui, mentre se ognuno può rinunziare alla cosa giudicata in favore suo, ciò però non è che *sotto riserva dei diritti acquistati da terze persone* per effetto della sentenza (1).

Tra queste due opposte teorie se ne interpone una terza, temperativa, proposta dal *Borsari;* che svolge ampiamente la questione a cui ora accenniamo. Riconosce egli la gravità delle considerazioni che starebbero per negare al marito la facoltà di rendere al figlio la legittimità toltagli dalla sentenza che il marito stesso ha provocata. E perciò approva questa massima, quanto a ritenere che non possa essere *in puro arbitrio* del *marito* di rendere al figlio quella legittimità. D'altra parte però reputa eccessivamente rigorosa ed ingiusta la massima che, riguardando come *assoluto ed irrimediabile l'effetto della sentenza con cui sia stato accolto il disconoscimento*, chiude così la via alla desiderabile riparazione d'un errore in cui marito e giudici potrebbero talvolta essere incorsi nel ritenere la moglie come colpevole, o peggio ancora d'una calunnia che il marito avesse inventato e saputo circondare di apparenti prove, allo scopo di liberarsi ad un tempo dal peso del figlio e della moglie. Avvisa quindi l'illustre autore che la sen-

(1) V. Demolombe, t. II, n. 181; Laurent, t. III, n. 459; Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, lib. I, n. 466, pag. 324.

tenza ammettente il disconoscimento, *debba sempre poter essere rivocabile* per iniziativa del marito; non veramente per solo arbitrio di lui, ma per ordinanza da emettersi dal tribunale, a forma di omologazione *dell'atto di desistenza* del marito, e in seguito a regolare procedimento, secondo le norme comuni per simili omologazioni, od anche talora mediante giudizio formale in cui fossero chiamati i terzi che avessero interesse ad opporsi. Nell'uno e nell'altro caso dovrebbero sempre somministrarsi dal marito instante le opportune prove dei fatti sui quali fonderebbesi la restituzione dello stato di legittimità del figlio. E quando poi questa fosse approvata, cesserebbero *retroattivamente* tutti gli effetti derivati dalla sentenza anteriore che aveva dichiarato la illegittimità del figlio; il quale pertanto potrebbe, per esempio, *far rivocare i diritti di successione* che ad altri fossero stati nel frattempo attribuiti in causa di tale illegittimità di lui (1).

Per quanto pregio possa avere quest'ultima opinione, per le importanti osservazioni ch'essa contiene e che potrebbero valere come utili suggerimenti in diritto costituendo, non sembra però ammissibile come interpretazione della legge esistente, che non dice parola di questo modo straordinario di annientare gli effetti della sentenza dichiarativa della illegittimità del figlio.

Tra le altre due teorie sopra riferite, ci pare esservi motivo di esitare assai. Si osserva da una parte che la sentenza pronunciata sull'istanza del marito in negazione di paternità *è come legge*, in quanto spoglia il figlio dello stato di legittimità che prima si presumeva in suo favore, e d'altronde *fa stato per tutti* ed attribuisce anche ai terzi, appartenenti alle famiglie legittime paterna e materna, dei *diritti acquisiti*. Ma forse non si esagerano alquanto le applicazioni di questi principii in sè veri?

Quella sentenza è come legge; perchè, in virtù del

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 168, § 417, pag. 634 e seg.

potere da questa conferito ai giudici, la decisione da essi pronunciata sostituisce alla presunzione legale di paternità del marito la presunzione d'una verità contraria. Ma questa seconda *presunzione* — chè altro non può essere, trattandosi d'un fatto, qual è la *paternità del marito*, non suscettibile di prova certa — non dovrà a sua volta cedere, davanti al *fatto nuovo d'un espresso riconoscimento* del figlio da parte del marito? Non pare giusta cagione di meraviglia la virtù, che questo nuovo fatto abbia, di far cessare gli effetti della sentenza e dell'autorità che essa aveva come legge, se distrugge la presunzione che di quella sentenza formava la base. Tanto più che tutto emana qui veramente dalla volontà del marito, senza la cui iniziativa quella sentenza non avrebbe potuto essere, sovra istanza d'altri, pronunciata. Non si dica che lo stato del figlio è in potere del marito — il quale a termini di legge può disconoscerlo — solo fino a che non sia stata pronunciata sentenza; ma che quando questa, con l'autorità sua equiparata a quella d'una legge, abbia spogliato il figlio della presunta legittimità di lui, non può essere in facoltà del marito il *crear di nuovo in favore del figlio medesimo quello stato*. Non è già la creazione d'uno stato personale nuovo che voglia farsi dal marito coll'atto suo a favore del figlio; egli viene semplicemente a riconoscere in fatto — ciò che non gli si potrebbe contendere — la propria paternità, che prima aveva negato. Ciò che resta a vedersi è solo se, a fronte di questo fatto sopraggiunto, possa ancora sostenersi, e continuare a produrre i suoi effetti, la sentenza di disconoscimento. Ora questo non pare facile ad ammettersi; imperocchè questa sentenza ha per primo fondamento indispensabile *il disconoscimento* del figlio emesso dal marito, che viene distrutto dal fatto contrario del *riconoscimento* posteriore. D'altronde, a quali disastrose conseguenze non si arriva coll'opposta dottrina? Oltre a togliere al marito il mezzo di riparare ad un errore in cui riconoscesse d'essere incorso egli stesso

e d'avervi trascinato l'autorità giudicante, quella dottrina, per essere logica dovrebbe anche vietare al marito prosciolto da interdizione di rivocare il disconoscimento che in nome suo fosse stato esercitato dal suo tutore durante la interdizione. Ed anche questa massima è infatti insegnata da chi professa la predetta teoria (1). Ora ognun sente quanto grave sarebbe che la dichiarazione giudiziale di *non-paternità* del marito, provocata dal tutore di lui, dovesse formar legge assoluta e irreparabile pel marito stesso: sebbene tornato egli in istato di capacità, e conscio meglio che altri delle relazioni personali da lui avute colla moglie al tempo in cui ella concepì, ne attestasse solennemente l'innocenza e volesse cancellare l'onta ingiustamente inflitta all'onore di lei, e rendere al figlio lo stato di legittimità che dovrebbe appartenergli.

Si osserva ancora che la sentenza pronunciata sull'azione in disconoscimento *fa stato per tutti ed attribuisce all'intiera famiglia sì paterna che materna dei diritti acquisiti* che non potrebbero esserle tolti per volontà del marito. Bisogna però distinguere, tra questi diritti che diconsi acquisiti, quello *generale e d'interesse essenzialmente morale*, consistente nell'essere espulso il figlio dalla famiglia legittima, e nell'essere considerato ormai come *adulterino* od almeno come *naturale*, e quelli *particolari e d'interesse pecuniario*, consistenti nelle conseguenze di questo cangiamento di stato del figlio, rispetto ai diritti di tale natura che possono competere alle altre persone appartenenti alla famiglia, per esempio rispetto a diritti di successione. Nel primo rapporto, il dire che a tutti i membri della famiglia sia acquisito il diritto di ritenere escluso definitivamente il figlio dalla famiglia, sicchè il riconoscimento fattone posteriormente dal marito non valga a riammetterlo a farne parte, non è altro veramente che la riproduzione della questione sotto altra forma. Trattasi appunto

(1) V. Demolombe, t. V, n. 182.

di vedere se l'illegittimità del figlio disconosciuto sia un diritto acquisito per tutti gli interessati, e se il fatto posteriore del riconoscimento emesso dal marito non possa più avere per loro nessuna efficacia. L'affermarlo non è dimostrarlo. La sentenza fa certamente stato per tutti ed attribuisce a chiunque abbia interesse, come appartenente alla famiglia legittima, il diritto di considerarne, per tutti gli effetti giuridici, siccome escluso il figlio. Ma questo diritto è poi *irrevocabile?* Esso che non è sorto fuorchè pel fatto del marito, o di chi lo rappresentava, a cui solo competeva la facoltà di esercitare il disconoscimento, avrà in sè forza bastante per resistere al fatto contrario del posteriore riconoscimento emesso dal marito medesimo? La sentenza continuerà a produrre questo effetto in favore dei parenti paterni o materni, anche dopo che il fatto che n'era fondamento primo e indispensabile, la volontà cioè manifestata dal marito di respingere il figlio siccome non suo, sia rimasto distrutto dal fatto opposto del riconoscimento? Ecco la questione; a risolver la quale non può certo valere l'addotto argomento, mentre anzi se ne presentano dei gravissimi in contrario.

Nell'altro rapporto poi dei *diritti particolari* che si fossero verificati a favore di uno od altro parente legittimo, dipendentemente dalla illegittimità del figlio dichiarata nella sentenza, ci sembra certo ch'essi sarebbero *diritti veramente e definitivamente acquisiti*, da non poter essere tolti in forza della rinuncia fatta posteriormente dal marito al benefizio della sentenza. Questo fatto sopraggiunto, se anche potrà *far cessare per l'avvenire* gli effetti del giudicato, distruggendone la base prima e indispensabile, non potrà però ad ogni modo annullare retroattivamente quegli effetti del giudicato stesso pei quali siansi costituiti legittimamente a favore di terze persone dei *diritti patrimoniali.* Sarebbe contrario a tutti i principii che un fatto posteriore, dipendente dalla volontà del marito, potesse privare terze persone di diritti da esse legittimamente acqui-

stati in virtù dello stato di cose che esisteva al tempo in cui quei diritti si aprivano, per esempio dei diritti di successione a cui fossero stati chiamati in luogo del figlio escluso per la illegittimità dichiarata contro di lui al tempo in cui la successione si aperse. Ed è anche da considerare che, ammessa l'efficacia del riconoscimento che il marito faccia del figlio dichiarato illegittimo, quel riconoscimento può farsi *in qualunque tempo*. Cosicchè se quest'atto del marito dovesse avere per effetto di *rivocare i diritti devoluti a terze persone* dipendentemente dalla illegittimità del figlio, esse sarebbero soggette ad evizione anche di beni che avessero posseduti pel lungo tempo bastante ad acquistarli per prescrizione; il che renderebbe quella massima sempre più contraria ai principii fondamentali. Ma tutto ciò non osterebbe al concetto dell'efficacia, anche a fronte di terze persone, del riconoscimento che il marito facesse del figlio dichiarato illegittimo; perocchè questa efficacia si volgerebbe unicamente, come dicemmo, *al futuro*, impedendo che in avvenire la sentenza pronunciata sul disconoscimento potesse mai più produrre effetto alcuno, *a fronte di chiunque;* ma non retroagirebbe sul passato, distruggendo i *diritti particolari e pecuniari* legittimamente acquistati da altri.

Il complesso di queste considerazioni sembrerebbe che dovesse far propendere ad adottare la massima accennata dal *Merlin, che, cioè, il marito sia sempre libero di rinunziare alla sentenza da lui, o da chi lo rappresentava, ottenuta pel disconoscimento del figlio; e che una tale rinunzia restituisca, completamente e per tutti i futuri effetti di diritto, lo stato di legittimità al figlio.*

Osserviamo poi che, per giungere a tale conclusione, basterebbe anche solo il dimostrare dubbia la massima contraria, la quale, per farsi ammettere, avrebbe bisogno di appoggiarsi ad argomenti certi ed inconfutabili, volendosi con essa arrecare *eccezione ai principii generali*, secondo i quali ognuno può sempre rinunziare efficace-

mente al benefizio della sentenza pronunziata in suo favore. Aggiungasi eziandio che, in ogni caso di dubbio, è sempre il partito più favorevole alla legittimità del figlio che deve ottenere preferenza; il che è consigliato dalla ragione e conforme all'intendimento manifestato dal legislatore in tutto il sistema che regola lo stato di filiazione legittima.

Riassumendo, verremmo pertanto alle seguenti conclusioni, che risponderebbero al quesito proposto in principio di questo numero:

1° che gli effetti della cosa giudicata, in materia di negazione di paternità, non fanno alcun ostacolo a potere il marito rinunziare al benefizio della sentenza, *in ciò che riguarda lui e per gli effetti pecuniari annessi alla legittimità del figlio;*

2° che quantunque sia controvertibile, sembra però eziandio che colla predetta rinunzia il marito possa *rendere al figlio lo stato di legittimità* di cui per l'autorità della sentenza era stato spogliato;

3° che gli effetti di questo rendimento dello stato legittimo al figlio *sarebbero completi per l'avvenire*, valevoli *a fronte anche di qualunque terza persona*, e relativamente *ad ogni diritto che si aprisse posteriormente alla rinunzia del marito;*

4° che però *quegli effetti non potrebbero mai essere retroattivi in danno di terze persone, relativamente ai diritti che si fossero aperti in loro favore anteriormente alla rinunzia del marito.*

65. I principii esposti nei numeri precedenti possono incontrare qualche difficoltà di applicazione rispetto al caso in cui l'azione in disconoscimento di paternità essendo stata promossa dai possessori provvisorii o definitivi dei beni del marito assente, questi abbia fatto ritorno. Non parliamo qui, ben s'intende, della ipotesi che i possessori dei beni impugnino la legittimità del figlio che la moglie dello assente abbia partorito *dopo trecento giorni dalla scomparsa*

o dalle ultime notizie di lui. Allora, come abbiamo dimostrato a suo luogo (1), non sarebbe *l'azione in negazione di paternità del marito*, ma quella di *contestazione di legittimità*, che i possessori eserciterebbero; e perciò anche intorno agli effetti della cosa giudicata dovrebbero applicarsi in tutto ed unicamente le regole stesse che valgono per questa ultima specie di azione. Supponiamo dunque che il figlio sia nato prima che l'assenza del marito cominciasse, od almeno entro i trecento giorni; e che, verificandosi alcuna delle cause per le quali la legge ammette potersi disconoscere la paternità, gli immessi nel possesso dei beni dello assente si valgano del loro diritto, esercitando, come presunti eredi di lui, l'azione in disconoscimento. Abbiamo veduto infatti che, quantunque veramente i possessori dei beni dell'assente non abbiano qualità per esercitare nè in nome di lui nè in nome proprio *l'azione d'interesse morale* che apparterrebbe al marito, quando però siano essi medesimi molestati dal figlio nel possesso dei beni dall'assente lasciati, e l'azione in disconoscimento assuma quindi un carattere *d'interesse pecuniario*, che la renderebbe esercibile dagli eredi, se la successione del marito si fosse veramente e definitivamente aperta; anche i possessori, come presunti eredi, possono esercitare quell'azione, allo scopo di difendersi dalle turbative del figlio, sia poi definitivo od anche solo provvisorio il possesso in cui sono immessi (1). Ora, quali saranno gli effetti della sentenza pronunciata su questa istanza degl'immessi in possesso? Presentata la domanda sotto una forma così generale, è assai facile la risposta. Poichè i possessori, siano poi definitivi od anche solo provvisorii, esercitano l'azione in disconoscimento del figlio *nella qualità loro di presunti eredi* del marito, e *non altrimenti che se fosse aperta veramente e definitivamente la successione* di lui, gli effetti della sentenza che venga pro-

(1) V. sopra, n. 44 *bis*, pag. 350-353.
(1) V. d°. n°, pag. 356-358.

nunciata saranno dunque regolati, tanto nei rapporti dei possessori stessi tra loro, quanto rispetto a terze persone, dalle massime stesse che abbiamo veduto doversi osservare quando l'azione sia stata intentata *dagli eredi del marito.*

Ma la questione si complica allorchè, dopo proferita la sentenza sulla istanza in disconoscimento promossa dai possessori dei beni, l'assenza del marito cessi pel ritorno di lui. Tre domande si presentano allora naturalmente:

1. La sentenza che, sulla istanza degl'immessi in possesso, *abbia accolta l'azione in disconoscimento*, conserverà l'autorità di cosa giudicata *a profitto* dell'assente stesso che ritorni, sicchè il figlio sia irricevibile a rimettere in questione contro di lui la pretesa sua filiazione legittima?

2. La sentenza che, al contrario, *abbia respinta l'azione* dei possessori, farà stato anche a fronte dell'assente ritornato, di guisa che non possa essere ritrattata sopra domanda di lui?

3. In caso di soluzione affermativa del primo quesito, sarà tuttavia in facoltà del marito ritornato dall'assenza di far cadere l'effetto della decisione, riconoscendo per suo il figlio che fu giudicato non appartenergli?

Il *Merlin* risponde affermativamente su tutti questi punti. Pei due primi fa valere il principio generale, in materia di cosa giudicata, secondo cui l'autorità di essa è identica, tanto contro la parte che abbia figurato in giudizio col mezzo d'un rappresentante legale, quanto contro quella che vi sia comparsa personalmente; mentre poi, dice l'autore, *gl'immessi in possesso dei beni dell'assente lo rappresentano legalmente nell'esercizio di tutti i diritti, sì attivi che passivi, appartenenti a lui.* Pel terzo punto osserva, che la facoltà del marito tornato dall'assenza, di rinunciare alla sentenza ottenuta dai suoi rappresentanti legali contro il figlio, non è che un'applicazione necessaria del principio fondamentale che ammette potersi da ognuno rinunziare all'eccezione della cosa giudicata, come a qualunque altra. Il marito potrebbe desistere dalla sentenza ch'egli stesso

avesse invocata ed ottenuta contro il figlio, potrebbe desistere dalle sentenze che gl'immessi in possesso dei suoi beni avessero riportato sopra una questione di proprietà mobiliare od immobiliare: non vi è ragione perchè non lo possa relativamente alla sentenza che quei possessori abbiano fatto pronunciare sulla illegittimità del figlio; giacchè i principii sulla cosa giudicata sono sempre gli stessi in ogni materia; o si tratti d'interessi solamente pecuniari o d'una quistione di stato (1).

Il *Demolombe* si occupa soltanto del terzo dei quesiti sopra enunciati e lo risolve in senso contrario a quello adottato dal *Merlin;* nè poteva essere altrimenti. Chi aveva ritenuto che il marito non potesse desistere dalla sentenza provocata da lui stesso, non sarebbe stato logico se avesse ammesso che potesse invece desistere da quella che avessero ottenuto in sua rappresentanza i possessori dei suoi beni. Tuttavia il *Demolombe* appone una limitazione alla massima generale da lui professata. I diritti del marito rimarrebbero integri *quando in fatto gl'immessi in possesso non avessero concluso per la dichiarazione d'illegittimità del figlio, fuorchè nello stato attuale, e avuto riguardo solamente ai beni da loro posseduti* (2).

Tra gli scrittori nostri, il *Pacifici-Mazzoni* adotta pienamente l'opinione del *Demolombe* (3), il *Borsari* la combatte (4).

65 *bis*, I. Intorno ai due primi quesiti proposti sopra, ci sembra lecito il dubitare se sia completamente esatto il punto di vista sotto cui furono considerati dal *Merlin*. Non vi è dubbio che l'autorità della cosa giudicata è sempre la stessa, o le parti siano state personalmente in giudizio o vi siano state rappresentate legalmente. Ma è proprio

---

(1) V. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Légitimité*, § VIII, pag. 264.
(2) V. Demolombe, t. V, n. 183.
(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 466.
(4) V. Borsari, *Comm.*, art. 168, § 417, pag. 635.

vero, *in questa specialità di materia*, che l'assente debba considerarsi come rappresentato legalmente dai possessori dei suoi beni, *in guisa che, agli occhi della legge, sia riputato agire e difendersi egli stesso col mezzo di quei suoi rappresentanti?*

L'*azione d'interesse morale*, quella che è veramente ed esclusivamente propria del marito, quella che prescinde da ogni provocazione consistente in molestie arrecate dal figlio sui beni del marito stesso, non può essere esercitata mai dalle persone immesse nel possesso dei beni di lui assente. Ad esse non compete che *l'azione puramente pecuniaria, inerente alla eredità, ed avente per iscopo di difenderla contro le usurpazioni o turbative di possesso* realmente avvenute da parte del figlio. Evidentemente adunque quelle persone non agiscono punto nell'interesse dell'assente e per rappresentarlo, ma nell'interesse proprio e per la conservazione dei loro diritti ereditari. L'azione esercibile dai possessori è ancora veramente la stessa che apparteneva al marito assente, e che si considera come trasmessa da lui ai suoi presunti eredi insieme ad ogni altra attività ereditaria, di cui i possessori esercitano, almeno provvisoriamente, le ragioni; ma in questo passaggio dal marito agli eredi, che si considera come se già fosse avvenuto, l'azione avrebbe subìta una trasformazione importante. Invece d'essere, come presso il marito, un'azione *essenzialmente morale, principale, indipendente* da qualunque *interesse materiale* ed in cui, se anche un tale interesse si aggiunga, non è esso considerato che come secondario e predominato dall'interesse morale proprio dell'azione in sè stessa, diventa all'opposto *puramente pecuniaria, famulatoria ai diritti ereditari, e mezzo per gli eredi di conservare tali loro diritti contro le pretensioni del figlio*. Or come può dirsi che vengano in veste di mandatari dell'assente i possessori dei beni di lui, quando l'azione ch'essi esercitano, in tale loro qualità, è così profondamente diversa da quella che competerebbe all'assente, e non solo lo scopo ma il fondamento

stesso di essa consiste unicamente nella *difesa dei loro diritti ereditarii?* Come si può sostenere che l'assente debba riputarsi agire egli stesso col mezzo dei possessori dei suoi beni, mentre facendo essi valere quell'azione, come mezzo conservatorio delle loro ragioni ereditarie, ciò supporrebbe, come già fosse avvenuta, la morte dell'assente medesimo? Accade invero diversamente allorchè si tratti di tutt'altre azioni; perchè queste appartenendo già prima all'assente, e non essendo soggette a veruna trasformazione nel passare che fanno ai presunti eredi, essi le esercitano, durante almeno il periodo provvisorio dell'immissione in possesso, in quella sola qualità di *mandatari legali* dell'assente, per la quale lo rappresentano legittimamente in tutti gli atti sì giudiziali che estragiudiziali; ond'è che poi le sentenze pronunciate ad istanza di quei possessori acquistano, tanto contro l'assente quanto in favore di lui, l'autorità della cosa giudicata. Tutto ciò giustificherebbe quanto sopra accennavamo; che cioè quando i presunti eredi, posti in possesso dei beni del marito assente, difendono questo loro possesso contro le turbative arrecate loro dal figlio, col promuovere contro di lui l'azione in disconoscimento, non può dirsi, *per l'indole speciale della materia*, ch'essi agiscano *in rappresentanza* dell'assente, nel senso di doversi *riputare ch'egli stesso eserciti quell'azione per mezzo loro;* abbenchè sott'altro aspetto sia pur vero che quei presunti eredi rappresentano il marito assente nell'esercizio di quell'azione, ch'essi non possono avere se non come trasmessa da lui e come facente parte del suo patrimonio.

Questo stato di cose deve naturalmente subire una mutazione radicale allorchè avvenga il ritorno dell'assente. Allora i supposti diritti ereditarii delle persone che erano state immesse nel possesso dei beni, e le pretensioni accampate dal figlio sui beni medesimi, scompaiono contemporaneamente; manca quindi anche ad un tempo il fondamento dell'azione in disconoscimento esercitata dagli eredi e della sentenza che in proposito era stata pronunciata,

poichè in fine questa sentenza non aveva deciso altro se non che *il possesso dei beni del marito preso dal figlio dovesse abbandonarsi a favore dei presunti eredi del marito stesso,* attori in causa, o che *le turbative recate dal figlio a quegli eredi dovessero cessare, perchè al figlio stesso non apparteneva lo stato di legittimità da lui preteso.* Quella sentenza non può dunque continuare a produrre effetti in favore dei presunti eredi che la ottennero, poichè per loro è distrutta la base dell'azione che esercitarono; non può produrne in favore del marito tornato dall'assenza, poichè non era per rappresentar lui, come suoi mandatari legali, che i presunti eredi promuovevano l'azione. Questo concetto fu accennato anche dal *Borsari*, laddove confutando l'asserzione che gli eredi presunti del marito assente abbiano un *diritto acquisito* di ritenere come illegittimo il figlio contro cui essi abbiano ottenuta sentenza che lo dichiari tale, fa la seguente osservazione: “ Se l'assente ritorna, “ non isvanisce forse come una fantasmagoria la scena “ degli eredi presunti? E parlate di diritti quisiti? „

Per tali considerazioni propenderemmo dunque a ritenere che al primo dei quesiti sovra proposti, sia da rispondere che la sentenza da cui sia stato ammesso il disconoscimento del figlio, sulla istanza degli immessi in possesso dei beni del marito assente, *non conserva l'autorità di cosa giudicata a profitto del marito stesso che ritorni;* e che poi, non solo è ricevibile il figlio a rimettere in questione contro il marito la pretesa sua filiazione legittima, ma anzi non abbisogna egli nemmeno di promuovere tale quistione, avendo in proprio favore la presunzione di paternità legittima del marito, al quale in ogni caso spetterebbe di rendersi a sua volta attore in disconoscimento. Nè ometteremo di notare come ad una conclusione simile sembri che dovrebbero condurre gli argomenti stessi adoperati dal signor *Demolombe;* quantunque egli, stabilendo per massima che *il marito ritornato dall'assenza non possa rendere al figlio la legittimità toltagli colla sentenza pronunciata*

ad istanza dei possessori dei beni del marito stesso, venga implicitamente ma necessariamente ad ammettere che anche pel marito assente faccia stato quella sentenza. L'illustre autore, dopo avere propugnata una tal massima, si vede infatti costretto ad aggiungervi una limitazione, ch'egli formola nei termini già sopra riferiti, cioè che " *sarebbe diversamente* quando in fatto gli immessi in pos-" sesso non avessero concluso per la dichiarazione d'ille-" gittimità del figlio fuorchè *nello stato attuale, e avuto* " *riguardo solamente ai beni da loro posseduti* ". Ora ciò che queste parole accennerebbero come *eccezione*, diverrebbe in senso nostro una *regola;* poichè i possessori dei beni dell'assente, non agendo in altra qualità che in quella di *presunti eredi* di lui, non possono domandare la dichiarazione d'illegittimità del figlio se non appunto *secondo lo stato attuale, ed avuto riguardo solamente ai beni da loro posseduti.* Essi infatti *non hanno facoltà di esercitare l'azione fuorchè quando il figlio entri nel possesso dei beni, o vi turbi i possessori stessi* (art. 167 cod. civ.); e però le loro conclusioni non possono riferirsi ad altro che *alla conservazione del loro possesso* su quei beni. Un diverso ordine d'idee doveva naturalmente essere seguito dal *Demolombe;* il quale opinava che gli eredi del marito, e quindi anche i possessori dei beni di lui che sia assente, possano agire in disconoscimento del figlio prima di essere in qualunque modo turbati da lui nel possesso dei beni.

65*bis*, II. Se si ammetta, come pare dimostrato, che la sentenza pronunciata ad istanza dei possessori, *in danno del figlio*, non debba fare stato *a profitto del marito* che ritorni dall'assenza, sembra che dovrà pure ritenersi reciprocamente non fare stato *contro di lui* la sentenza colla quale sia stata respinta l'azione promossa dai possessori medesimi. È un principio troppo ovvio di ragione e di giustizia, che un giudicato non abbia a poter nuocere, se sia contrario, a chi non potrebbe giovare se fosse favore-

vole. D'altronde, sarebbe grave ed ingiusto che il marito al suo ritorno dovesse sottostare alle conseguenze di un giudizio male istruito, e non potesse produrre quei nuovi mezzi, quelle nuove prove che, trattandosi di fatti a lui personali, possono essere in sua mano più pronti ed efficaci di quello che fossero pei possessori dei suoi beni durante l'assenza. Ecco dunque la risposta che parrebbe doversi dare al secondo quesito.

65*bis*, III. Quanto poi al terzo dubbio, è manifesto ch'esso cade completamente, qualora si accetti la massima che ci parve preferibile riguardo al primo quesito; poichè, se la sentenza che ammise il disconoscimento ad istanza dei possessori dei beni del marito, non forma stato a favore di lui che ritorni dall'assenza, non può esser caso ch'egli rinunzi a tale giudicato. Chi ammettesse la soluzione contraria, rispetto a quel primo quesito, dovrebbe anche, ci sembra, riconoscere la facoltà pel marito di rinunziare al benefizio della sentenza; non parendo giusto il negargli, relativamente ad una sentenza provocata da altri, quell'arbitrio che nel numero precedente abbiam veduto competergli quand'anche l'avesse promossa egli stesso.

Sezione IV.

Delle prove della filiazione legittima.

Sommario. — 66. Principii generali. Partizione della materia.

66. Le regole che ora prendiamo a ricercare, intorno alle *prove della filiazione legittima*, non possono estendersi alla *filiazione della prole nata fuori di matrimonio*. Non ci occuperemo qui particolarmente del confronto tra l'uno e l'altro di tali ordini di regole. Sarebbe prematura codesta dimostrazione, la quale risulterà di per sè dalla esposizione che a suo luogo faremo della teoria particolare

relativa alle *prove della filiazione illegittima.* Basterà per ora il notare come la legge abbia dovuto essere, anche in questa speciale materia delle prove, più benigna per la filiazione legittima, più severa per la filiazione naturale. Essendo maggiore l'interesse inerente allo stato di filiazione legittima, in confronto di quella semplicemente naturale; importando l'accertamento del primo di tali stati alla società intiera, di cui le famiglie costituiscono la base, mentre la filiazione illegittima non è d'interesse del corpo sociale che si riveli pubblicamente, e se la legge ne permette una manifestazione legale e le attribuisce in tal caso certi effetti civili, è solo per ovviare mali più gravi; e d'altra parte la dimostrazione della filiazione legittima essendo tutt'altro che offensiva dell'onore dei genitori, mentre è l'opposto per la filiazione illegittima; per queste considerazioni la legge doveva essere più guardinga nel privare il figlio dello stato di filiazione legittima coll'escludere certi mezzi ch'egli adducesse per dimostrarlo; ed al contrario doveva essere più rigorosa nell'ammettere le prove da cui si pretendesse di far constare la filiazione naturale. È perciò che vediamo bastare l'*atto di nascita* per far prova della filiazione legittima (articoli 170, 375 cod. civ.), mentre lo stesso atto di nascita non può dimostrare legalmente la *filiazione naturale,* se non vi si contenga *il riconoscimento da parte dei genitori* (art. 179, 181, 182, 376 cod. civ.); è per questo che la dichiarazione di nascita del figlio procedente da unione legittima, sebbene fatta dal solo padre od anche da persone estranee che abbiano assistito al parto, fa fede *contro amendue i genitori* (art. 170, 373 cod. civ.) mentre se la nascita è *da unione illegittima,* la dichiarazione non può avere effetto fuorchè *contro il genitore od i genitori dichiaranti* (art. 182, 376 cod. civ.); è per questo ancora che quantunque il possesso *di stato* sia sufficiente, in mancanza del titolo, a provare la filiazione legittima (art. 171 cod. civ.) non è detto altrettanto per la filiazione naturale (art. 179 e seg. cod. civ.),

epperò, non ostante qualche discordanza di opinioni nella dottrina su questo proposito, non sembra ammissibile un tal mezzo di prova per quest'ultima specie di filiazione, come più ampiamente dimostreremo a suo luogo; è per questo, da ultimo, che in mancanza dell'atto di nascita e del possesso di stato, ed anche in altri casi pareggiati a questo, può sempre farsi prova per testimoni della filiazione legittima, purchè siavi un principio di prova scritta, o il concorso di presunzioni gravi e concordanti (art. 174 cod. civ.), mentre la ricerca della filiazione naturale non è permessa, *quanto alla paternità*, fuorchè in qualche caso e sotto condizioni specialmente e tassativamente determinate dalla legge (art. 189 cod. civ.).

Ristretto pertanto il campo delle nostre ricerche attuali alle sole *prove della filiazione legittima*, e poichè questa non può procedere fuorchè *da unione coniugale dei genitori*, è chiaro che tutte le disposizioni della legge in questo argomento *presuppongono esistente il vincolo matrimoniale tra i genitori medesimi*. Sarà bensì necessario, in caso di contestazione, che sia dimostrata l'avvenuta celebrazione del matrimonio, il che non si potrà ottenere se non seguendo le regole particolari che già dimostrammo; ma non si può confondere una tal prova preliminare coll'altra della filiazione, che suppone necessariamente la preesistenza di quella; poichè solamente quando sia riconosciuta tra le parti, o in caso di contestazione sia dimostrata l'esistenza del matrimonio tra coloro che si pretende siano i genitori, solamente allora possono rendersi applicabili le regole più favorevoli che la legge ha stabilite per le *prove della filiazione legittima*. Così questo principio fondamentale non vuol essere mai dimenticato, siccome quello che è necessario per ben comprendere le speciali disposizioni date dalla legge in questa materia.

È notevole poi come opportunamente parli qui la legge *delle prove della filiazione che si pretende legittima*, e non *delle prove della legittimità*. La filiazione e la legittimità sono

invero due cose troppo distinte, perchè si possa confondere la prova dell'una con quella dell'altra. La filiazione non è che uno dei fatti il cui concorso è necessario a costituire lo stato legittimo; ciascuno dei quali fatti deve risultare distintamente dai mezzi di prova che gli sono appropriati. Lo stato di legittimità consta invero, come a suo luogo osservammo, di tre elementi principali e comprendenti talora più fatti particolari, e cioè: 1° la *dimostrazione della maternità*, che comprende la prova del *parto* e quella della *identità* del figlio; 2° la *dimostrazione che il concepimento sia avvenuto durante lo stato coniugale della madre*, il che abbraccia le prove della *celebrazione del matrimonio* e del *tempo del concepimento;* 3° la *dimostrazione della paternità del marito*. Ciascuno di questi fatti ha i suoi mezzi di prova particolari, retti da norme corrispondenti ed altrettanto speciali. La celebrazione del matrimonio deve constare dai mezzi di prova regolati negli articoli 117-122, dei quali già trattammo. Il tempo del concepimento non è suscettibile d'altra prova fuor di quella che si trae dalla *presunzione assoluta* che la legge ha stabilita, determinando la durata massima e minima che si ritiene possibile nella gestazione. Resta quindi solo, in questo rapporto, di provare *il tempo della nascita*, che è il *fatto noto* necessario per dar fondamento alla detta presunzione; e questa prova si confonde naturalmente con quella del parto. La *paternità del marito*, di cui pure sarebbe impossibile un'altra prova certa, risulta a sua volta dalla presunzione legale che il marito sia padre del figlio concepito durante il matrimonio (art. 159 cod. civ.), presunzione che fa di per sè piena prova (art. 1352 cod. civ.) finchè non sia distrutta per sentenza che accolga l'*azione in disconoscimento*, la quale sia stata intentata per qualcuna delle cause e coll'osservanza dei termini e delle condizioni dalla legge stabiliti.

Così, dei diversi elementi il cui concorso costituisce la legittimità di stato del figlio, il solo che non sia soggetto ad altre norme speciali di prova, e pel quale pertanto

restasse di regolare i mezzi con cui si potesse darne la dimostrazione, era quello della *maternità*, ossia del *parto* e della *identità* del figlio. È chiaro dunque il motivo pel quale la legge si riferisca qui alle *prove della filiazione* e non a quelle *della legittimità*, di cui le prime non sono che una parte. Ed anzi, secondo le cose esposte, dovrebbe restringersi anche maggiormente il subbietto speciale di questa trattazione, limitandola alle *prove della filiazione materna;* dappoichè la *filiazione paterna* non deve risultare da prove speciali ed apposite da somministrarsi in giudizio, ma è provata senz'altro dalla presunzione della legge, fondata sul fatto, che si suppone dimostrato, del concepimento o della nascita del figlio durante il matrimonio della madre. Ma questo concetto, assolutamente vero in riguardo ad uno dei mezzi di prova offerti al figlio che si pretende legittimo per provare la propria filiazione, in riguardo cioè al mezzo consistente nell'*atto di nascita*, non sarebbe poi esatto quanto agli altri mezzi che per lo scopo medesimo sono parimente conceduti dalla legge. Vedremo infatti più oltre che il *possesso di stato*, col quale si può supplire alla *mancanza di titolo* (art. 171 cod. civ.) si riferisce alla filiazione non solo *materna* ma anche *paterna*, ed anzi i fatti dai quali il possesso di stato risulta riguardano principalmente e direttamente le relazioni *tra padre e figlio legittimo* (art. 172 cod. civ.). Vedremo parimente che quando, in mancanza dell'atto di nascita e del possesso di stato, è ammessa in favore del figlio la prova per testimoni (articolo 174 cod. civ.) il figlio stesso non ha veramente bisogno di provare con questo mezzo la *filiazione paterna*, e basta che dimostri la *filiazione materna*, imperocchè la *prova della maternità* trae seco indirettamente ma necessariamente quella eziandio *della paternità*, in virtù della presunzione stabilita dall'articolo 159 cod. civ.; ma che però è riservato alla parte avversaria, non ostante che la maternità sia provata, di poter dimostrare, con qualunque dei mezzi generalmente permessi, che l'*attore non sia figlio del marito*

della madre (art. 176 cod. civ.), ancorchè non siasi in uno dei casi nei quali sarebbe ammesso, secondo i principii ordinarii, il *disconoscimento della paternità*. Da ciò pertanto risulta che, toltone il caso in cui la filiazione, per lo scopo di far valere la legittimità di stato, si provi col mezzo più normale ed ordinario, dell'atto di nascita, in tutti gli altri casi ciò che forma oggetto della prova stessa, che deve essere somministrata dalla parte attrice, od almeno della prova contraria che è permessa alla parte convenuta, non è solo la *filiazione materna*, ma eziandio la *filiazione paterna*. Perciò è perfettamente esatto il dire che trattasi, qui, delle *prove della filiazione* in genere, non già solo della *filiazione materna;* e che il punto intorno al quale il codice civile determina in questo capo quali siano i mezzi di prova ammessi per dimostrarlo, consiste nel sapere *quali siano il padre e la madre* della persona di cui s'invoca lo stato legittimo. Si suppone che questo stato sia veramente l'oggetto della contestazione, e la prova della filiazione è il mezzo per risolverla; poichè, dimostrato quali siano i genitori del reclamante, e provato il vincolo coniugale esistente tra essi, ne risulta per virtù di legge lo stato di legittimità del figlio. Così l'intitolazione di questo capo potrebbe, come giustamente osservò il *Marcadé*, tradursi nell'altra = *dei mezzi offerti ai figli, che si pretendono legittimi per provare quali siano i loro genitori* (1).

Da quanto dicemmo di sopra facilmente apparisce come la principale occasione di dover somministrare prove della filiazione legittima abbia a verificarsi quando s'intenti, da chi ne ha facoltà dalla legge, *l'azione in reclamazione di stato*. E fu per ciò che già osservammo, le regole sulle prove della filiazione legittima doversi considerare come un complemento necessario della teoria relativa alla predetta azione. Non è da credere però che sia questo il solo caso di dover produrre tali prove, la cui necessità

---

(1) V. Marcadé, t. II, n. 24.

dovrà sempre verificarsi ogni qualvolta da una delle parti contendenti in giudizio s'invochi lo stato di filiazione legittima come fondamento della propria azione, eccezione o difesa. Pertanto in ogni ipotesi di tale natura saranno pur sempre le stesse norme, dettate dal codice negli articoli 170-176, che dovranno essere applicate, per determinare i mezzi coi quali la contestata filiazione legittima possa essere provata.

Parlando *delle prove della filiazione legittima*, il legislatore intese naturalmente di comprendere sotto questa intitolazione tutti i casi nei quali militi a favore del figlio la *presunzione legale di legittimità;* sia poi che si tratti d'un figlio *concepito durante il matrimonio*, o d'un figlio *nato prima che fossero trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio medesimo*, e che quindi sia da reputarsi concepito anteriormente ad essa. Anche in questo ultimo caso sta infatti a favore del figlio la *legittimità presunta;* salvo che questa presunzione può essere distrutta dalla *semplice negazione di paternità* che facciasi dal marito o dagli eredi di lui (art. 161 cod. civ.). Ragion vuole dunque che il figlio, il quale invoca una tale presunzione, possa pure giovarsi di quelle norme che in favore dello stato di legittimità furono stabilite, circa i mezzi coi quali abbiasi a provare la filiazione su cui quella presunzione deve fondarsi. Così pertanto le regole dettate dalla legge circa le prove della filiazione legittima dovranno applicarsi ugualmente: 1° ai *figli concepiti e nati durante il matrimonio;* 2° *ai figli concepiti prima* del matrimonio ma *nati in costanza di esso* e non disconosciuti dal marito nè dagli eredi di lui, o dei quali il disconoscimento sia vietato a tenore dell'articolo 161 cod. civ.; 3° ai *figli concepiti durante il matrimonio, ma nati nei trecento giorni che seguirono lo scioglimento o l'annullamento di esso.* Ma all'opposto quelle regole non potrebbero estendersi ai figli che non avessero in proprio favore la presunzione di legittimità; quali sarebbero quelli che fossero *nati prima della*

celebrazione o dopo trecento giorni dallo scioglimento od annullamento del matrimonio; perciocchè, non essendo essi assistiti dalla presunzione di legittimità, mancherebbe eziandio ogni ragione perchè potessero fruire delle facilitazioni che la legge ha riputato di dover concedere per le prove della filiazione legittima. Nè a questa massima, e quanto alla sua applicabilità pei figli nati più di trecento giorni dopo che fu sciolto od annullato il matrimonio, potrebbesi fare una seria obbiezione traendola dal disposto dell'articolo 169 del codice civile. Vero è che secondo questa disposizione è lasciato in libera facoltà degli interessati l'impugnare o no la legittimità del figlio nato dopo quel termine. Ma ciò non è già perchè la legge attribuisca a lui uno *stato di legittimità presunta*. Tutt'al contrario, il figlio che nasce dopo trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullazione del matrimonio, *non ha in proprio favore nessuna presunzione di legittimità*, ed è quindi *da considerarsi per diritto come illegittimo*. Solo quando egli abbia il *possesso di fatto dello stato legittimo*, o ne abbia quella specie di *possesso di diritto* che può risultare dall'essere iscritto come figlio legittimo nei registri dello stato civile, rendesi necessaria, per toglierli tale possesso, la *contestazione giudiziale di legittimità*, al che appunto provvede l'articolo 169 (1). Poichè dunque il figlio nato più di trecento giorni dopo lo scioglimento o l'annullazione del matrimonio è di pien diritto illegittimo, è manifesto non potersi estendere a vantaggio di lui, più che del figlio *nato prima della celebrazione del matrimonio*, quelle regole speciali che per favorire lo stato di legittimità furono introdotte relativamente ai mezzi coi quali si possa provare la filiazione appunto legittima (2), e sì all'uno che all'altro doversi applicare unicamente le norme che val-

---

(1) V. sopra, n. 35. pag. 239-246.

(2) V. Zachariae, t. II, § 547, nª 1, 2ª ediz. Bruxelles; Aubry et Rau, t. VI, § 544, nª 2, 4ª edizione.

gono per le *prove della filiazione naturale;* poichè tale appunto, e non altro, è il carattere della filiazione ch'essi possono invocare.

I mezzi che la legge concede per la prova della filiazione legittima sono i seguenti:

1° *il titolo*, ossia l'atto di nascita iscritto sui registri dello stato civile (art. 170 cod. civ.);

2° il *possesso di stato*, cioè il possesso continuo di quello stato di filiazione legittima che forma subbietto della controversia (art. 171, 172 cod. civ.);

3° la *prova testimoniale*, che, in certi casi dalla legge determinati può essere accolta, purchè si appoggi innanzi tutto ad un principio di prova per iscritto, ovvero a presunzioni od indizi che siano riconosciuti dall'autorità giudiziaria come abbastanza gravi (art. 174-176 cod. civ.).

L'*atto di nascita* è senza dubbio il mezzo più normale ed ordinario per la prova perfetta della filiazione legittima. È questo il titolo colla scorta del quale la persona, appena venuta alla luce, entra nella famiglia e nella società. Bisogna che questo titolo faccia per lei piena fede, e possa attribuirle, come indubbiamente dimostrate, quelle qualità civili, quella posizione sociale che risultino dalle enunciazioni in tale atto contenute. È ben vero che anche questo mezzo di prova può andare soggetto ad incertezze o ad inganni; che sono possibili errori, dissimulazioni, alterazioni, falsità. Ma è vero altrettanto che volendo sottrarsi a questi pericoli, col non concedere piena fede ad un tal titolo, si affronterebbe l'inconveniente assai più grave di togliere ogni certezza allo stato delle persone e di intaccare in tal modo la base stessa della società civile. L'atto di nascita doveva dunque essere considerato come il principale e più naturale mezzo di prova della filiazione legittima, e come sufficiente a farne di per sè piena fede, fino a quando una prova più forte non sorgesse a contrariarlo. Di qual natura dovrà essere il mezzo con cui si possa distruggere la prova perfetta risultante dal-

l'atto di nascita? Basterà la semplice prova contraria? Sarà necessaria la querela di falso? È una questione di cui parleremo più tardi, e che dev'essere risoluta diversamente secondo il differente carattere che possa esser proprio della dichiarazione contenuta nell'atto che si viene a combattere. Ci basti per ora l'essere dimostrato come lo scopo stesso dell'atto di nascita, e i più preziosi interessi della famiglia e della società, richiedessero che le risultanze di quell'atto, concernenti la filiazione legittima, dovessero farne di per sè piena prova, indipendentemente anche da qualunque altro mezzo che si aggiungesse a confermarle.

Ma può darsi che al figlio manchi, per una causa qualunque, il *titolo* per poter provare la propria filiazione ch'egli pretende legittima; sia che l'atto di nascita non sia stato iscritto nei registri, o che sia stato smarrito o distrutto, o che pure esistendo forse quell'atto, ma ignorandosi dal figlio dove esso sia stato ricevuto, non gli sia possibile il farne la produzione. Non può per questo essere privato il figlio d'ogni altro mezzo per far valere lo stato di legittimità che veramente gli appartenga per diritto. Quando egli abbia in proprio favore il *possesso di quello stato che invoca*, possesso che consiste nel godimento effettivo dei vantaggi e nell'esercizio dei diritti dipendenti dallo stato medesimo, nulla è più naturale della presunzione che di tale stato egli sia veramente rivestito; come, in generale, il possesso fa sempre presumere l'esistenza del diritto, perchè solamente colui al quale il diritto appartiene può regolarmente possederlo. Sarebbe stato strano davvero il negare efficacia di prova, per lo stato di filiazione legittima, a quel mezzo che primitivamente fu il solo da cui una tal prova risultasse, poichè in origine ognuno dovette essere considerato come appartenente legittimamente a quella famiglia nella quale come figlio legittimo fosse stato allevato.

La riunione poi degli accennati due mezzi di prova,

l'accordo cioè dell'atto di nascita col possesso di stato, doveva considerarsi come producente un effetto ancora più determinativo. La sicurezza dello stato personale, la tranquillità delle famiglie, esigevano che fosse segnato un confine alla possibilità di attaccare lo stato di cui godesse un cittadino. E quando taluno potesse allegare a prova della propria filiazione legittima *un possesso conforme all'atto di nascita*, che è quanto dire la combinazione dei due più naturali e più solidi fondamenti dello stato personale, era ben giusto considerare una tal prova come assolutamente irrepugnabile; ed è ciò che fu fatto dalla legge (art. 173 § 2 cod. civ.). Per reciprocità di considerazioni, la coincidenza del titolo e del possesso, nel provare una determinata *filiazione legittima*, doveva in generale considerarsi come costituente un ostacolo insuperabile pel figlio a poter reclamare una filiazione diversa, sebbene ugualmente legittima; e questo pure fu espressamente dichiarato (art. 173 § 1 cod. civ.).

Può avvenire però eziandio che chi pretende ad una data filiazione legittima non possa allegare in proprio favore nè l'uno nè l'altro dei due mezzi di prova di cui finora parlammo; che, cioè, non possedendo egli in fatto quello stato che invoca, non abbia neppure un titolo a cui potere appoggiare la rivendicazione dei diritti che intende di far valere. È il caso in cui diviene sussidiariamente ammissibile il terzo mezzo di prova, quello dei testimoni. Ed era pur necessario ricorrervi come ad ultimo rifugio pel figlio, al quale non è imputabile se gli manchino e il titolo e il possesso dello stato che per diritto gli apparterrebbe, e cui non si potrebbe costringere a subire irreparabilmente uno stato impostogli per colpa o frode d'altri e diverso da quello che veramente gli spetta. Supponemmo che il figlio non avesse il possesso dello stato da lui invocato, nè un titolo a cui potere appoggiare la rivendicazione dei diritti che ne dipendono; poichè, come sappiamo, non può esercitarsi una vera azione di reclamazione d'uno stato

legittimo se non *da chi non lo possegga nè di fatto nè di diritto*, e se il figlio avesse in proprio favore il titolo senza il possesso, ovvero il possesso senza il titolo, avendo tuttavia una prova, di per sè stessa perfetta, dello stato invocato (art. 170, 171 cod. civ.), ciò gli basterebbe per godere i vantaggi e poter esercitare i diritti dipendenti dallo stato medesimo, senza bisogno d'agire in reclamazione di esso, nè quindi di fare altra prova. Che se poi anche, avendo il figlio il possesso dello stato legittimo che invoca, l'atto di sua nascita gli attribuisse invece uno stato diverso, sicchè titolo e possesso fossero contradditorii tra loro, sarebbe caso di semplice *rettificazione* dell'atto, alla quale servirebbe di base il possesso di stato stesso. Ma supposto che il figlio non abbia il possesso dello stato legittimo ch'egli reclama, la impossibilità per lui di allegare il proprio atto di nascita come titolo della filiazione a cui pretende, può dipendere da diverse cagioni. La più ovvia è la mancanza assoluta dell'atto di nascita; sia poi perchè non siano stati tenuti i registri, o siano stati distrutti o smarriti in tutto od in parte, o siavi stata interruzione nella tenuta dei medesimi (art. 364 cod. civ.), o perchè per negligenza o per frode siasi ommesso di denunciare la nascita o d'iscrivere l'atto nei registri, o iscritto sia poi stato soppresso. Al caso di mancanza assoluta dell'atto di nascita è poi da parificarsi, per quanto concerne la prova della filiazione, quello in cui la nascita sia bensì stata denunciata ed iscritta nei registri dello stato civile, ma non ne risulti, per colui al quale quell'atto riguarda, nessuno stato di filiazione, perchè sia stato dichiarato come *nato da genitori incerti*. E lo stesso dovrebbe dirsi ancora, evidentemente, del caso in cui fosse stata dichiarata sconosciuta la madre sola; poichè ad ogni modo sarebbe impossibile considerare l'atto come titolo comprovante la filiazione legittima. Ma quando pure il figlio abbia veramente un atto di nascita iscritto nei registri di stato civile, e da quell'atto risulti per lui uno stato di filiazione o naturale

od anche legittima, può essere che questo stato non corrisponda al vero, perchè sia egli stato *iscritto sotto falsi nomi;* ed essendo pur questo uno dei casi nei quali il figlio, mancando del possesso dello stato ch'egli reclama, non può nemmeno allegare come *titolo* della filiazione da lui addotta il proprio atto di nascita, deve dunque ugualmente essere ammessa a supplirvi la prova testimoniale. Da ultimo, non ostante la massima generale proclamata, come sopra accennammo, dall'art. 173, *che nessuno può reclamare uno stato contrario a quello* che *gli attribuiscono l'atto di nascita di figlio legittimo ed il possesso conforme al medesimo,* la nostra legge fa eccezione a questa regola *quando si tratti di supposizione o sostituzione di parto.* Allora il figlio, a cui manca il possesso dello stato che legittimamente gli apparterrebbe, non ha nemmeno un titolo a cui potersi appoggiare invocando lo stato predetto; poichè l'atto di sua nascita, che dovrebbe somministrargli quel titolo, fu fraudolentemente adulterato. Non restandogli altro mezzo possibile fuor della prova testimoniale, non potevasi giustamente vietargli di usarne; fosse poi di filiazione naturale, od anche d'una filiazione legittima diversa dalla vera, lo stato che gli verrebbe attribuito secondo le dichiarazioni contenute nel suo atto di nascita. Vero è che qualora lo stato risultante da quest'atto fosse pure *legittimo* e fosse corroborato da un *conforme possesso di stato,* osterebbe alla reclamazione d'uno stato diverso la regola generale dell'articolo 173 § 1. Ma la frode fa eccezione a tutte le regole; e qui il figlio, che non si limita ad allegare d'essere stato iscritto nei registri dello stato civile *sotto falsi nomi,* ma articola fatti particolari e precisi costituenti una supposizione od una sostituzione di parto, adduce più che una frode commessa in proprio danno, un *reato* (art. 361 cod. pen.) di cui non lo si potrebbe costringere a rimaner vittima, negandogli i mezzi ch'egli proponesse per dimostrare il vero suo stato.

Tali sono i motivi pei quali in tutti gli accennati casi

fu dall'art. 174 del codice civile dichiarata ammissibile la prova della filiazione legittima col mezzo di testimoni. Ma l'indole particolare di questo mezzo di prova, i pericoli che l'uso di esso presenta sempre per troppa facilità di errori o d'inganni, pericoli che dovevano esser presi in tanta maggior considerazione trattandosi di questioni di stato, nelle quali l'interesse della famiglia e della società deve naturalmente prevalere sull'interesse particolare della persona a cui lo stato controverso risguardi; tutto ciò indusse il legislatore a circondare di savie precauzioni l'ammissione di questa prova che pur non si poteva negare assolutamente al figlio. Perciò si è voluto che in tutti i predetti casi la prova testimoniale non possa essere ammessa se non quando vi sia un *principio di prova per iscritto* od un complesso *di presunzioni ed indizi che siano riconosciuti abbastanza gravi* (d. art. 174 § 2, e 175 c. c.).

I diversi mezzi di prova ammessi dalla legge per la filiazione legittima differiscono notabilmente tra loro per rispetto ai modi nei quali i risultamenti legali di tali prove possono essere combattuti. Quando il figlio prova la filiazione sua col mezzo dell'atto di nascita, la dimostrazione ch'egli fa così della *filiazione materna*, trae seco necessariamente senz'altro la prova legale della paternità, poichè questa è attribuita per presunzione di legge al marito. Questi allora non ha altro mezzo possibile per combattere quella presunzione e privare, conseguentemente, dello stato di legittimità il figlio, fuorchè di valersi dell'azione *in disconoscimento di paternità*, se pure si verifichino i casi e le condizioni che la legge determina a tal uopo, e l'azione sia esercitata entro i termini e nei modi dalla legge stessa prescritti.

Quando invece il figlio provi la filiazione per testimoni, sta pure in favore di lui la presunzione di paternità del marito, dal momento che il figlio stesso dimostra essere sua madre la moglie e di essere stato concepito da lei durante il matrimonio, od almeno d'essere nato in costanza di esso;

ma il marito, per combattere tale presunzione, non ha bisogno di ricorrere all'azione in disconoscimento di paternità, essendo egli ammesso alla *prova contraria* secondo le regole comuni (art. 176 cod. civ.).

Quando infine si prova la filiazione col mezzo del possesso di stato, ha la sua applicazione anche allora il principio che *il marito si presume padre del figlio concepito durante il matrimonio*, e questa presunzione così stabilita non può più essere combattuta dal marito stesso, nemmeno col mezzo dell'azione in disconoscimento; imperocchè quel *tacito riconoscimento* da parte del marito, che è uno dei principali fatti costituenti il *possesso di stato* (art. 172 al^a^. 3° cod. civ.) produce un ostacolo insuperabile alla ricevibilità dell'azione in disconoscimento che il marito volesse più tardi promuovere, venendo così contro il fatto proprio (1).

Premesse queste nozioni generali, ci occuperemo ora in separati paragrafi: 1° della prova della filiazione col mezzo dell'atto di nascita; 2° della prova della filiazione col mezzo del possesso di stato, e degli effetti di questa prova riunita a quella dell'atto di nascita; 3° della prova della filiazione col mezzo dei testimoni.

§ 1. — *Della prova della filiazione legittima col mezzo dell'atto di nascita.*

Sommario. — 67. Elementi di prova che si contengono nell'atto di nascita relativamente alla filiazione legittima. — 68. Condizioni necessarie affinchè l'atto di nascita faccia prova della filiazione legittima. — 68 *bis*, I. Se possa provarsi la filiazione legittima con un atto di nascita in cui manchi qualcuna delle condizioni generalmente richieste per gli atti dello stato civile. — 68 *bis*, II. Del caso di inadempimento dei requisiti speciali prescritti per gli atti di nascita, particolarmente per ciò che riguarda le persone dalle quali deve esser fatta la dichiarazione. — 68 *bis*, III. Del caso che la dichiarazione di nascita sia stata fatta dopo trascorso il termine stabilito dalla legge. — 68 *bis*, IV. Del

(1) V. Laurent, t. III, n. 392, in fine.

caso che l'atto di nascita sia irregolare nelle enunciazioni particolari richieste dall'art. 375 c. c. — 69. Effetti della prova risultante dall'atto di nascita relativamente alla filiazione legittima. — 69 *bis*, I. Se e con quali mezzi possa quella prova essere combattuta. — 69 *bis*, II. Del caso che la dichiarazione di nascita non sia stata fatta dai genitori, personalmente nè col mezzo di procuratore speciale, ma da qualcuna delle altre persone indicate nell'art. 373. — 69 *bis*, III. Del caso che la dichiarazione di nascita sia stata fatta da ambidue i genitori. — 69 *bis*, IV. Del caso che la dichiarazione di nascita sia stata fatta dalla madre o da persona munita di suo speciale mandato. — 69 *bis*, V. Del caso che la dichiarazione di nascita sia stata fatta dal padre o da un suo procuratore speciale. — 70. Divisibilità delle varie risultanze dell'atto di nascita. Applicazioni di questo principio. — 71. Necessità di provare, quando sia contestata, l'identità del figlio. Come possa farsi questa prova.

67. Dimostrammo nel numero precedente essere l'atto di nascita giustamente considerato dalla legge come il primo e più naturale e perfetto mezzo di prova della *filiazione* legittima. Notammo però ad un tempo limitarsi veramente l'oggetto di questa prova appunto *alla sola filiazione materna*, che si pretende legittima: mentre la prova vera e completa *della legittimità* richiede altri elementi che non possono trarsi dall'atto di nascita, quali sono *la determinazione del tempo del concepimento del figlio*, che risulta *dalla presunzione della legge* circa la massima e minima durata possibile della gestazione; *la dimostrazione che a quel tempo i genitori fossero congiunti in matrimonio*, il che deve constare *dai mezzi speciali stabiliti dalla legge per le prove della celebrazione del matrimonio;* e infine la *dimostrazione della paternità* del marito, che risulta anch'essa dalla *presunzione della legge.* Notammo eziandio che mentre gli altri due mezzi di prova, consistenti nel possesso di stato e nella testimonianza, abbracciano la filiazione tanto paterna quanto materna, questo che si trae dall'atto di nascita non ha invece altro oggetto che *la filiazione materna;* provata la quale, ed essendo dimostrato d'altra parte coll'atto stesso quale sia il giorno e l'ora in cui avvenne la nascita (articolo 374 cod. civ.), essendo dimostrato così col mezzo della presunzione legale, quale sia il tempo in cui può ritenersi accaduto il concepimento, essendo in fine provato coll'atto

di matrimonio che la madre era maritata al tempo del concepimento od almeno della nascita del figlio, riesce provata senz'altro anche la *paternità*, in forza della presunzione che l'attribuisce al marito.

Qualche maggiore penetrazione in questi concetti servirà a raffermarli, e spianerà insieme la via ad una più chiara trattazione di alcuni punti importanti e difficili dello speciale argomento che ora ci occupa.

L'atto ha per fine principale di provare appunto il fatto della nascita, il tempo preciso in cui essa avvenne, ed inoltre le circostanze che possono servire più tardi ad accertare, in qualunque caso di dubbiezza, l'identità della persona. Perciò è prescritto che vi si debba enunciare *il comune, la casa, il giorno e l'ora della nascita, il sesso del neonato, ed il nome che gli è stato dato* (art. 374 cod. civ.). E questo scopo è comune a tutti ugualmente gli atti di nascita, o riguardino persone la cui filiazione sia legittima o naturale soltanto, od anche persone che non abbiano nessuno stato civile di filiazione, perchè nate da genitori ignoti. La prova dei fatti predetti riposa in parte sulla fede soltanto dei privati dichiaranti la nascita, in parte anche sulla fede dell'ufficiale pubblico che attesta ciò che è caduto sotto i suoi sensi. Così il fatto stesso della nascita è accertato dall'ufficiale dello stato civile, mediante la presentazione che dev'essergli fatta del neonato (articolo 371 cod. civ.); ed egli ha pure conoscenza ugualmente certa dell'essergli stata fatta quella presentazione da certe persone, in presenza dei tali testimoni, dell'avergli esse fatto le tali dichiarazioni, e dell'essere stati dati i tali nomi al figlio. Ma ciò che riguarda il luogo ed il tempo della nascita non può essere attestato dall'ufficiale dello stato civile se non sulla fede delle dichiarazioni fattegli dalle persone che gli hanno presentato il neonato. Nessuna autenticità pertanto nella prova di queste circostanze della nascita. Certamente la legge dà molta fede alle dichiarazioni delle persone ch'essa stessa designa per fare la dichiarazione

della nascita, tanto che, derogando al diritto comune, non richiede da loro la garanzia del giuramento, che si esige ordinariamente dai testimoni. Ciò è perchè, in generale, quelle persone non hanno interesse alcuno ad alterare la verità, e perchè d'altra parte avendo esse assistito al parto (art. 373 cod. civ.) e facendo la dichiarazione della nascita nei cinque giorni successivi (art. 371 cod. civ.) è da presumere che conoscano colla maggiore esattezza i fatti di cui recano testimonianza, nè errino nel riferirli. Ma è pur sempre vero che da una semplice testimonianza privata deriva la prova di questi fatti.

Lo scopo principale che abbiamo finora osservato nell'atto di nascita è anzi l'unico allorchè si tratti di persona la cui filiazione non sia legittima. Evidentemente il solo oggetto della prova che deve somministrare quell'atto per chi sia *figlio di genitori ignoti*, è la nascita stessa e non altro. Ma quando pure si tratti d'un *figlio naturale*, è certo che la filiazione di lui non consterà dall'atto di nascita perchè a tale ufficio di prova sia quest'atto essenzialmente destinato a servire, ma solamente quando i genitori od uno di essi vogliano approfittare della dichiarazione di nascita ch'essi stessi facciano, personalmente o col mezzo di un procuratore speciale, per consegnare nell'atto medesimo quel riconoscimento del figlio che potrebbero anche fare per atto autentico separato (art. 181 cod. civ.). Le altre persone che dichiarino la nascita del figlio illegittimo, non possono enunciare i nomi dei genitori, nemmeno quello della madre, sebbene della maternità possano fare testimonianza sicura; perchè la legge nostra vieta espressamente e giustamente che nell'atto della nascita da unione illegittima s'indichi altro che il nome, cognome, professione e domicilio del genitore o dei genitori *dichiaranti*, e quando la dichiarazione sia fatta da altre persone permette soltanto l'enunciazione del nome, cognome, professione e domicilio *della madre, se consti per atto autentico che questa acconsente alla dichiarazione* (art. 376 cod. civ.).

In materia di filiazione illegittima, l'atto di nascita non ha dunque mai veramente per oggetto della prova, che deve risultarne, *la filiazione;* ma solamente *la nascita* stessa. E se per la prole naturale può avvenire che l'atto di nascita contenga anche la enunciazione della filiazione, ciò è solo perchè alla dichiarazione di nascita può andar congiunto, per concessione della legge, un altro atto che potrebbe anche farsi separatamente, quello del *riconoscimento* da parte dei genitori o d'uno di essi.

Accade ben diversamente nel caso di *filiazione legittima,* in cui l'atto di nascita ha veramente per oggetto di provare non solo il sesso e il nome del neonato, il luogo e il tempo della sua nascita, ma eziandio *quali siano i suoi genitori* (art. 375 cod. civ.); in altri termini, trattandosi di figli legittimi od almeno ritenuti tali, l'atto non è veramente solo *di nascita,* ma deve anche accertare la *filiazione.* Del qual principio è molto agevole la giustificazione. Trattandosi d'uno stato, qual è quello di filiazione legittima, che la legge considera con favore speciale, e la cui attribuzione deriva direttamente dalle disposizioni della legge stessa, non dalla volontà dei genitori, in potere dei quali non può essere il dare nè il togliere a loro arbitrio tale stato ai figli; era naturale che si curasse di assicurarne la prova, approfittando a tal uopo di quell'atto con cui il figlio fa la sua prima comparsa in società, e nel quale importa ch'egli apparisca tosto come rivestito di quelle qualità civili a cui la sua nascita gli dia diritto. D'altro lato nulla poteva essere più opportuno che riporre una tal prova nelle dichiarazioni di coloro che essendo stati presenti al parto, e facendo tosto dopo la loro denunzia, potevano offrire una sicurezza e precisione di testimonianza, circa i fatti formanti base dello stato legittimo, che sarebbe difficile sperare di ottenere più tardi o da altri. Perciò fu ordinato che " se la nascita è da unione legittima, la dichiarazione deve " enunciare *il nome e cognome, la professione e il domicilio* " *del padre e della madre* „ (d. art. 375 codice civile) e fu

ritenuto che *coll'atto di nascita,* compilato in conformità di queste prescrizioni, *si prova la filiazione legittima* (art. 170 cod. civ.). È chiaro però che tutte le enunciazioni volute dal citato art. 375 essendo opera dei dichiaranti, e non riguardando fatti che siano verificati coi propri sensi dall'ufficiale pubblico, la prova che ne emerge intorno alla filiazione legittima non ha per sè stessa il carattere di autenticità, e si riferisce unicamente alla *testimonianza privata dei dichiaranti* stessi. Questa testimonianza poi non può riguardare propriamente la filiazione in tutti i suoi rapporti, tanto rispetto al padre quanto alla madre, ma unicamente la *filiazione materna;* ed anco per questa non può riguardare tutti i fatti necessari per costituirla, ma uno solo di essi, il fatto cioè del *parto.* Diciamo in primo luogo che la testimonianza del dichiarante nell'atto di nascita non si riferisce veramente che alla *filiazione materna;* nè abbisognano molte parole per dimostrarlo. Le persone che hanno assistito al parto possono bene attestare che il figlio presentato all'ufficiale dello stato civile è nato dalla tal donna; e così la loro dichiarazione viene in questa parte a provare la *filiazione materna.* Ma come mai potrebbero esse testimoniare della *paternità,* la quale è nascosta sotto un velo così impenetrabile che la legge stessa, pur dovendo togliere ogni incertezza sovra un punto tanto importante per l'interesse delle persone e delle famiglie, non potè fare di meglio che ricorrere al rimedio della *presunzione?* Vero è che trattandosi *di nascita da unione legittima, la dichiarazione deve anche enunciare il nome e cognome, la professione e il domicilio del padre e della madre* (art. 375 cod. civ.); il che si è voluto allo scopo di rendere più pronta, palese e completa la dimostrazione della filiazione legittima. Ma quelle relative alla *paternità* non sono veramente che semplici *enunciazioni,* come dice lo stesso articolo 375, che i dichiaranti fanno in conformità della presunzione legale che ritiene il marito come padre del figlio concepito durante il matrimonio; enunciazioni le quali non hanno altra

base fuor della presunzione legale stessa, e non fanno che riprodurla in iscritto senza nulla aggiungere all'efficacia di essa. Ciò che costituisce *l'oggetto vero e diretto della prova* che relativamente alla filiazione deve risultare dall'atto di nascita, mediante l'attestazione del dichiarante, è unicamente *il fatto del parto*, che il dichiarante stesso può accertare come verificato coi proprii sensi. Da ciò deriva però indirettamente anche la prova della *paternità legittima;* poichè dimostrata in tal modo la *maternità*, fissato col mezzo della presunzione della legge il tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento del figlio, dimostrato coll'atto di matrimonio che la madre era a quel tempo in istato coniugale, risulta dal complesso di queste prove il fondamento dell'altra presunzione legale che considera come padre legittimo il *marito*. La prova vera della *paternità legittima* è dunque costituita da questa presunzione stessa, non dalla enunciazione che se ne fa nell'atto di nascita. La quale enunciazione non ha in sè stessa veruna efficacia di prova; nè può trarne fuorchè dalla presunzione di legge alla quale necessariamente si riferisce (1). Da questo principio discendono poi conseguenze notabili. 1° La mancanza delle enunciazioni prescritte relativamente alla filiazione paterna legittima non nuocerebbe allo stato del figlio, al quale non potrebb'essere tolto d'invocare la presunzione stabilita a proprio favore dalla legge, per ciò che della presunzione stessa non fossero stati ricordati ed indicati gli effetti nell'atto di sua nascita. 2° Ed anzi gli effetti della presunzione predetta non potrebbero essere distrutti, nè in alcun modo menomati, dalle enunciazioni contrarie che nell'atto di nascita si fosse arbitrato di fare. 3° Per converso l'essere portate nell'atto di nascita le

---

(1) V. sentenze della Corte d'appello di Napoli, 6 novembre 1888 (*Monitore M.*, XXX, 371); della Corte d'appello di Firenze, 3 giugno 1884 (*Annali*, XVIII, 3, 355) e della Corte d'appello di Torino, 18 gennaio 1867 (*Giur. It.*, XIX, 2, 26), e 22 gennaio 1869 (*Giur. It.*, XXI, 2, 37).

enunciazioni relative alla filiazione legittima, indicandovi, come suol farsi in tali atti, che il neonato è *figlio legittimo del tale e della tale*, o che è nato *dai tali genitori congiunti in matrimonio legittimo*, non basterebbe di per sè a far prova della legittimità, nè potrebbe dispensare dall'onere di provare, in caso di contestazione, il matrimonio contratto fra i genitori, che forma base indispensabile della presunzione di paternità legittima (1).

Abbiam detto, in secondo luogo, che anche quanto alla filiazione materna, l'atto di nascita *non fa prova completa*. Di vero è manifesto come la prova di quella filiazione comprenderebbe necessariamente due fatti: il *parto* e la *identità* del figlio. A chi afferma d'esser nato dalla tale non basta il provare che costei diede alla luce un figlio, ma bisogna che provi d'essere identicamente quel medesimo che fu da lei partorito. Nè questa identità è dimostrata dall'atto di nascita, nè può farne prova il fatto di possedere quel titolo; dappoichè è in diritto d'ognuno il farsi rilasciare estratti di qualunque atto dello stato civile (art. 362 cod. civ.). Quando dunque l'*identità* sia contestata, bisogna provarla con altri mezzi estrinseci all'atto di nascita. Quali possano essere questi mezzi, è argomento di cui tratteremo più oltre. Basta intanto la fatta avvertenza, per precisar meglio quali elementi di prova contenga l'atto di nascita, anche in ordine alla sola *filiazione materna* (2).

Riassumendo, possiam dunque dire dimostrati ormai i seguenti principî:

1° L'atto di nascita non fa prova completa della legittimità, ma solo della *filiazione;* mentre le altre condizioni necessarie per costituire lo stato legittimo debbono risultare a parte dagli altri mezzi particolarmente stabiliti all'uopo dalla legge.

---

(1) V. Aubry et Rau, t. VI, § 544, nⁱ 10, 11, 12; Laurent, t. III, n. 395.
(2) V. Laurent, t. III, n. 394.

2° Esso non fa prova diretta e propria nemmeno della *filiazione paterna;* e le enunciazioni che relativamente ad essa vi si contengano, come non giovano, se favorevoli, a stabilire la legittimità, così non nuocono, se contrarie, nè nuoce la ommissione delle enunciazioni stesse.

3° L'atto di nascita serve però *direttamente a provare la filiazione materna*, ed *indirettamente* serve *a base della prova della filiazione paterna* e quindi anche della legittimità di stato.

4° La destinazione essenziale dell'atto di nascita a valere come mezzo di prova, non solo della *nascita*, ma anche della *filiazione*, è un carattere particolare della *filiazione legittima;* mentre per la *filiazione naturale* è solo accidentalmente e per ragione d'un altro atto che vi si può sovrapporre, quello cioè di *riconoscimento*, che l'atto di nascita può servire a dimostrarla.

5° La prova della *filiazione materna* emergente dall'atto di nascita, non si fonda fuorchè *sulla testimonianza privata* dei dichiaranti, e manca quindi di quel carattere di autenticità che fa ritenere incontestabile, finchè non sia impugnato *con querela di falso*, ciò che è attestato dall'ufficiale pubblico in tale sua qualità, siccome da lui accertato coi sensi proprii.

6° Quella prova non può dirsi nemmeno *perfetta;* in quanto, dei due elementi che sarebbero necessari a fare constare completamente la filiazione materna, non ne comprende veramente che un solo, il fatto cioè del *parto*, lasciando non dimostrato l'altro della *identità del figlio*, che quindi abbisogna di prove estrinseche a parte, qualora sia contestato.

Riconosciuto così quali veramente siano gli elementi di prova che si contengono nell'atto di nascita, relativamente alla filiazione legittima, dobbiamo ora vedere se e quali condizioni si richiedano affinchè quella prova possa risultarne.

68. “ La filiazione legittima si prova *con l'atto di* “ *nascita iscritto sui registri dello stato civile* „. È questa la disposizione testuale dell'art. 170 cod. civ.; le cui espressioni stesse suggeriscono il quesito, se la *iscrizione nei registri dello stato civile* costituisca una condizione assolutamente necessaria affinchè l'atto di nascita possa formare prova della filiazione legittima. Successivamente a questa sorge anche la domanda, se tutti gli altri requisiti prescritti dalla legge per l'atto di nascita, come tale, siano necessari altresì per l'effetto di esso di provare la suddetta filiazione. L'atto di nascita ha alcune condizioni comuni per tutti gli atti dello stato civile; e così, 1° che essi debbono *essere ricevuti dall'uffiziale pubblico destinato a tale uopo dalla legge;* 2° che debbono *essere iscritti nei pubblici registri* tenuti nelle forme dalla legge stessa prescritte; 3° che debbono *essere osservate certe forme* stabilite da disposizioni generali, fra cui principale è quella della presenza dei testimoni, il numero e le qualità dei quali sono dalla legge determinati con disposizioni di rigore (art. 350 a 358 cod. civ.). Il predetto atto ha inoltre alcune condizioni speciali, non comuni agli altri atti dello stato civile; quali sono: 1° le qualità che si richiedono nelle persone dichiaranti la nascita (art. 373 cod. civ.); 2° il termine entro cui la dichiarazione deve essere fatta (articolo 371 cod. civ.); 3° le enunciazioni particolari che si richiedono nell'atto, *quando la nascita* sia *da unione legittima* (art. 375 cod. civ.). Tutte queste condizioni, tanto generali quanto speciali, devono esse considerarsi come necessarie con tanto rigore, che la loro inosservanza abbia a rendere l'atto assolutamente insufficiente alla prova della filiazione legittima, o più ancora, inetto a servire in qualunque modo a quella prova? Tale è il nostro quesito, molto complesso, com'è manifesto, ma che prendiamo ora ad esaminare nelle singole sue parti.

Cominciamo dall'osservare, in generale, come la insufficienza dell'atto di nascita a formare prova perfetta della

filiazione legittima, a cagione della mancanza d'alcuno dei requisiti voluti dalla legge, non produrrebbe per sè la impossibilità che quell'atto avesse ancora qualche utilità per la prova della filiazione stessa; giacchè potrebbe tuttavia valere come *principio di prova scritta*, da rendere ammissibile la *prova testimoniale*, purchè si verificassero le condizioni prescritte dall'art. 175 cod. civ., di cui parleremo appresso. Limitata dunque la nostra ricerca a determinare se la mancanza d'alcuno degli accennati requisiti debba rendere *insufficiente l'atto di nascita* a *costituire prova perfetta della filiazione legittima*, la soluzione non richiede molto studio per ciò che riguarda quella classe di tali requisiti che sono comuni a tutti generalmente gli atti dello stato civile.

68 *bis*, I. Se l'atto non fu ricevuto dall'ufficiale dello stato civile, o se ricevuto da lui non fu però iscritto sui pubblici registri a ciò destinati, mancano le condizioni essenziali ad attribuirgli il carattere di autenticità, indispensabile per farne derivare la prova della filiazione. Su ciò non è ammissibile neppure il dubbio pel primo caso: e quanto al secondo è pure da ritenere che l'iscrizione di un atto dello stato civile sui corrispondenti registri è una condizione *essenziale*, affinchè all'atto medesimo debbasi attribuire pubblica fede; di guisa che l'ufficiale dello stato civile, che ricevendo un atto di suo ufficio, lo scrivesse *sopra un foglio separato*, non darebbe a quell'atto la necessaria autenticità. Fu osservato a tale proposito da *Aubry* e *Rau* che " coll'attribuire all'atto di nascita l'ef-
" fetto di provare la filiazione materna, e conseguente-
" mente anche la filiazione paterna, indipendentemente da
" qualunque concorso del padre o della madre nella for-
" mazione di tale atto, la legge si è scostata dalle regole
" ordinarie circa la forza di prova degli atti istrumentali,
" e perciò stesso codesto effetto rimane subordinato alle
" condizioni prescritte per guarentire la sincerità degli atti

" dello stato civile „. Per principio generale, infatti, acciocchè un atto produca effetti civili a carico d'una determinata persona, è necessario che questa vi abbia preso parte, di guisa che possa dirsi che alla formazione di quell'atto abbia concorso la volontà di lei; non potendo altrimenti esser lecito a terze persone di dare arbitrariamente vita a quegli effetti civili a carico altrui. A questa regola però ha fatto eccezione la legge, in ordine agli atti di nascita, coll'ammettere che la relativa dichiarazione possa esser fatta, non solo dal padre o dalla madre, ma anche da altre persone che abbiano assistito al parto o presso cui questo sia avvenuto (art. 373 cod. civ.). Ora, ciò che la legge ammette in via soltanto di eccezione alle regole generali — dovendo ogni eccezione interpretarsi ed applicarsi con stretto rigore — è da intendersi sempre subordinato all'esatto e completo adempimento delle prescrizioni di legge, le quali vengono così a costituire condizioni essenziali della eccezionale concessione. E poichè per gli atti di stato civile, in generale, è stabilito che debbano essere iscritti sopra appositi registri pubblici, alla cui gelosa conservazione provvede la legge con speciali disposizioni (articolo 370 cod. civ.) — il che costituisce una provvida garentìa della sincerità degli atti medesimi —; è dunque certo che l'atto di nascita, qualora fosse scritto solo sopra un foglio volante, non potrebbe costituire di per sè prova regolare della filiazione (1). Tuttavia quell'atto, benchè inetto per la sua irregolarità a formare piena prova, potrebbe ancora valere, a norma dei casi e secondo la massima sopra accennata, come *principio di prova scritta*, od almeno potrebbe essere considerato, a prudente giudizio del tribunale, come *indizio grave*, sufficiente per determinare l'ammissione della prova testimoniale, a senso dello

---

(1) V. Duranton, t. III, n. 126; Zachariae, t. II, § 547, n. 2, 2ª edizione, Bruxelles; Marcadé, art. 319, § I, t. II, n. 26; Demolombe, t. V, n. 190; Aubry et Rau, t. VI, § 544, nⁱ 3, 4ª edizione; Laurent, t. III, n. 393.

art. 174 cod. civ. (1). Parimente inefficace, per la prova della filiazione legittima, dovrebbesi ritenere l'atto di nascita in caso d'inosservanza di quelle altre condizioni di forma estrinseca che debbano considerarsi come *essenziali* per attribuire forza giuridica agli atti dello stato civile in generale, i quali perciò se ne manchino sono da riguardarsi come inesistenti; imperocchè solamente coll'adempimento di tali condizioni l'uffiziale dello stato civile ha qualità dalla legge per attribuire fede pubblica agli atti da lui ricevuti.

68*bis*, II. Difficoltà molto maggiori s' incontrano allorchè si discende ad esaminare il quesito che abbiamo proposto, in ordine all'inadempimento dei requisiti speciali per gli atti di nascita.

L'articolo 373 del codice ordina che " la dichiarazione " di nascita *debba essere fatta dal padre o da un suo pro-* " *curatore speciale*, in mancanza, *dal dottore di medicina o* " *chirurgia, o dalla levatrice, o da qualche altra persona che* " *abbia assistito al parto*, o, se la puerpera era fuori della " sua ordinaria abitazione, *dal capo della famiglia o dal-* " *l'uffiziale delegato dello stabilimento in cui ebbe luogo il* " *parto*. La dichiarazione può anche essere fatta *dalla* " *madre o da persona munita di suo speciale mandato* ".

Ora, se la persona che abbia fatta la dichiarazione di nascita non sia tra quelle indicate nel riferito articolo, l'atto farà tuttavia *prova della filiazione legittima*, secondo la disposizione dell'articolo 170?

Avvi su questo punto molta incertezza nella dottrina francese. Vi è chi opina assolutamente che in tal caso l'atto di nascita non faccia alcuna fede e non possa valere nemmeno come *principio di prova* della filiazione (2). Altri, ammettendo pure che la prova non sarebbe allora *com-*

---

(1) V. Demante, *Cours analyt.*, t. II, n. 46 *bis*, V.
(2) V. Toullier, t. II, n. 863.

pleta, ritiene nondimeno che l'atto, benchè così imperfetto, *potrebbe però servire di principio di prova per iscritto* (1). V'è chi al contrario sostiene, in modo altrettanto assoluto, la piena efficacia di prova dell'atto, osservando che se la legge dà missione a determinate persone di fare la dichiarazione di nascita, non esprime però che siano le sole ammesse a far ciò (2). Secondo altri si deve *presumere fino a prova contraria* che il dichiarante nell'atto di nascita sia tra le persone designate all'uopo dalla legge; ma, se anche questa prova contraria sia somministrata, o l'atto stesso contenga la menzione che il dichiarante non fu presente al parto, l'atto non deve perciò considerarsi assolutamente come non facente alcuna fede. La sua forza di prova è diminuita grandemente, ma non manca del tutto; e spetta ai tribunali il giudicare, secondo le circostanze dei casi, se la filiazione sia provata bastantemente o imperfettamente, od anche sia da ritenersi come non provata affatto (3). Un'ultima opinione concorda colla prima nel ritenere che la dichiarazione di nascita debba emanare da una delle persone appositamente indicate dalla legge, affinchè l'atto possa fare quella fede che costituisce la *prova della filiazione legittima*, ma professa doversi *presumere fino a prova contraria* che il dichiarante sia tra quelle persone, ancorchè ciò non risulti dalle menzioni contenute nell'atto (4). Veramente anche tra questi ultimi opinanti sarebbevi ancora, per quel che dice uno di essi, un altro punto di discordia, in quanto che il *Demolombe* sosterrebbe che per infirmare la prova risultante dall'atto di nascita fosse necessario provare che *il dichiarante avesse mentito*, mentre secondo il *Laurent* basterebbe provare che *il comparente non avesse qualità per fare la dichiarazione di nascita*. Ma questa contrarietà non è che apparente, poichè ciò che il *Demo-*

(1) V. Zachariae, t. II, § 547, nª 2, 2ª edizione, Bruxelles.
(2) V. Duvergier sur Toullier, pag. 205, n. 1.
(3) V. Duranton, t. III, n. 120 e 121.
(4) V. Demolombe, t. V, n. 191; Laurent, t. III, n. 396.

lombe insegna è solamente questo, che sia necessario provare *aver mentito il dichiarante affermando d'aver assistito al parto.*

A quale, fra tante disparate teorie, dovremo attenerci? Due di esse riputeremmo doversi escludere assolutamente: quella che parifica in tutto, per gli effetti della prova, il caso in cui sia stata dichiarante nell'atto di nascita una delle persone contemplate dalla legge e il caso che sia comparsa invece una persona estranea; e l'altra teoria che rimetterebbe al potere discrezionale dell'autorità giudicante il pronunciare sulla forza completa, o parziale, o nulla, che fosse da attribuirsi alla prova emergente dall'atto di nascita irregolare per la persona dichiarante. La prima sembra troppo evidentemente contraria sì al testo che allo spirito della legge. È contraria al testo dell'articolo 373, il quale stabilendo che la dichiarazione di nascita *deve essere fatta* dall'una o dall'altra delle persone nell'articolo stesso indicate, è certamente ben lontano dall'ammettere che altrettanto possa ugualmente farsi *da qualunque altra persona.* Altrimenti, a che varrebbe quella formola così imperativa del citato articolo, che ordina *doversi fare la dichiarazione da una di quelle persone?* Si potrà rispondere che in quella disposizione abbiano a ritenersi designati soltanto *coloro ai quali è imposto l'obbligo legale* di denunziare la nascita, sicchè mancandovi possano incorrere anche in pene pecuniarie? (art. 404 codice civile). Ma è ovvio il contrapporre che il § 2° dello stesso articolo 373 si occupa pure di determinare chi, non avendone obbligo, abbia però *facoltà di denunziare, o personalmente o col mezzo d'un procuratore, la nascita del figlio*, e questa facoltà è limitata *alla madre sola;* ond'è che coloro i quali non sono indicati dalla legge nè come aventi obbligo nè come aventi facoltà di dichiarare la nascita, mancano certamente d'ogni qualità per farlo, secondo il testo della legge. Se poi si ricorra ai motivi di essa, ne riesce anche più evidentemente confermata la stessa massima. Quale può essere, infatti, la ragione

determinante, nel concetto del legislatore, per stabilire a quali persone sia conferita la missione di denunziare la nascita? Unicamente questa: che tale ufficio sia affidato a coloro i quali, per conoscenza propria personale, possono fare *testimonianza diretta* del fatto del parto; alla quale testimonianza può allora pertanto darsi intera fede. Ed è perciò che, quando la nascita non sia dichiarata dall'uno o dall'altro dei genitori, la legge ne dà mandato alle persone che *abbiano assistito al parto*. Ora, se la stessa dichiarazione potesse farsi con uguale efficacia anche da chi non fosse stato testimonio oculare, è manifesto (come giustamente osserva il *Laurent*) che la legge si riferirebbe non più ad una vera e *diretta testimonianza*, ma ad un semplice *udito-dire*, il che sarebbe contrario a tutte le regole, ed affiderebbe ad un mezzo il più incerto e pericoloso la prova d'un fatto tanto importante quanto lo è la filiazione legittima.

Quanto all'altra dottrina sopra accennata, non sembra che sia il caso di rimettersi al giudizio prudenziale dei tribunali, in ciò che concerne, non già la valutazione di circostanze particolari di fatto, ma l'attribuire o no piena fede alle risultanze d'un atto di sua natura autentico. Se non presero parte a quell'atto fuorchè persone che secondo la legge ne avevano il potere, e furono pure osservate tutte le altre condizioni essenziali per dare vita giuridica all'atto medesimo, esso deve avere piena efficacia, completo effetto. Se al contrario l'atto non emana da chi aveva qualità legittima a tal uopo, ed invece vi presero parte persone che non ne avevano facoltà, l'atto è allora difettoso in una parte sostanziale, epperò non può avere efficacia come atto autentico che faccia di per sè piena fede. Non si scorge come in tutto questo possa riscontrarsi qualche cosa di mutabile a seconda delle circostanze dei casi; talchè i tribunali possano giudicare, talora che *l'atto faccia piena prova*, tal altra che *ne somministri una incompleta*, talvolta ancora che *non faccia fede alcuna*.

Ma ritenendo, come pare dimostrato, non poter valere *a prova della filiazione legittima*, secondo l'art. 170 codice civile, un atto di nascita in cui la persona dichiarante non sia tra quelle espressamente contemplate nell'articolo 373, resta ancora a vedersi se, per combattere con tal mezzo la prova che si vorrebbe trarre dall'atto predetto, basti che *da esso non consti nel dichiarante la qualità contemplata dal citato art.* 373, oppure *sia necessario provare ch'egli non abbia assistito al parto*, dovendosi presumere che la legge non sia stata violata, finchè non sia dimostrato il contrario. Ed è su quest'ultimo punto che si aggirano in parte le altre opinioni sopra riferite; il quale aspetto, come facilmente si scorge, è sostanzialmente diverso da quello in cui considerammo dapprima la questione. Ora su questo proposito non pare che siavi da esitar molto. Non è necessario che *consti dall'atto* di nascita esserne stata fatta la dichiarazione *da persona che abbia assistito al parto;* giacchè la legge, la quale non avrebbe potuto esigere la prova di questo fatto, non ne ha richiesta nemmeno l'affermazione da parte del dichiarante e la menzione nell'atto. E poichè non è da presumere la violazione della legge, sarà da ritenersi all'opposto che il dichiarante abbia veramente assistito al parto; salvo la prova contraria, la quale riducendo la dichiarazione ad un mero *udito-dire*, in luogo d'una testimonianza diretta, le toglierebbe quindi ogni valore di prova quanto alla filiazione legittima.

68*bis*, III. L'articolo 371 del codice civile prescrive che la dichiarazione di nascita *debba farsi nei cinque giorni successivi al parto*. Supponendo che la dichiarazione sia stata fatta, e in contravvenzione alla legge sia stata ricevuta dall'ufficiale dello stato civile, dopo trascorso quel termine, l'atto di nascita potrà tuttavia addursi come prova della filiazione legittima, a termine dell'art. 170? Anche su questa quistione la dottrina francese non è d'accordo. Alcuni autori insegnano che l'atto tardivamente iscritto,

senza che sia intervenuta sentenza che l'autorizzi, non può avere alcuna virtù probativa (1); mentre vi ha chi professa che l'atto, nel predetto caso, non sia assolutamente nullo, non avendolo dichiarato tale la legge, ma non faccia nemmeno di per sè prova completa, e spetti solo al potere discrezionale del tribunale il dichiararlo o no *provante*, secondo le circostanze dei casi, da cui risulti che quell'atto sia o non sia esente da frode; che solo non possa ammettersi come efficace una dichiarazione di nascita fatta *dopo un tempo considerevole dall'avvenimento del parto*, che ha per fine di constatare, e nemmeno un *riconoscimento* che i genitori stessi abbiano fatto dopo un così lungo periodo (2). Secondo una terza opinione, il termine per la dichiarazione di nascita " avrebbe principalmente uno " scopo di polizia, e solo indirettamente avrebbe rapporto " colla forza provante dell'atto di nascita: tuttavia la tar- " dività della dichiarazione potrebbe, *secondo i casi, atte-* " *nuare la fede dovuta all'atto di nascita;* cosicchè spet- " terebbe ai tribunali di apprezzarne la forza provante " secondo le risultanze „ (3). Tra gli autori nostri vi è chi dice che l'atto iscritto dopo i cinque giorni, senza che fosse intervenuta sentenza coll'osservanza delle forme stabilite per la rettificazione degli atti dello stato civile, " *sarebbe nullo, ma può meritare qualche fede a giudizio del* " *tribunale* „ (4); e chi sostiene che *l'atto non sarebbe nullo*, ma riconosce tuttavia che il figlio non potrebbe appoggiare a quest'atto la prova del proprio stato se non *invocandone la rettificazione* a norma dell'art. 372; in seguito a che il tribunale pronuncierebbe confermando l'atto tardivamente iscritto, o respingendolo, secondochè risultasse dalla istruzione del giudizio che quell'atto fosse conforme a verità

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, V. *Naissance*, n. 4; Laurent, t. III, n. 397.
(2) V. Demolombe, t. V, n. 192, 193; Demante, *Cours analytique*, t. II, n. 46 *bis*, VI.
(3) V. Aubry et Rau, t. V, § 544, n^a 4, 4^a ediz.
(4) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 727, pag. 491.

o che al contrario non fosse che una frode fatta alla legge (1).

Tra queste opposte opinioni non ci sembra da esitare nell'adottare la prima, tanto più a fronte della disposizione dell'articolo 372, nuova nel nostro codice, colla quale, a togliere ogni dubbio circa l'essere o no ammissibile una dichiarazione tardiva, si è espressamente proclamato che " dopo i cinque giorni dalla nascita, la dichiarazione *non* " *potrà farsi* se non osservato il procedimento stabilito " per la rettificazione degli atti dello stato civile ". È ben vero che non fu per questo caso pronunciata esplicitamente la nullità, come non la si è dichiarata per l'inosservanza di qualunque altra disposizione relativa agli atti dello stato civile. Ma non corrisponde forse ad una tale dichiarazione la formola assolutamente proibitiva adoperata nell'articolo 372, dove si è detto *non potersi fare la dichiarazione tardiva*, a meno che siano adempite le formalità prescritte per le rettificazioni? E non sarebbe una aperta violazione della legge il tenere per *valido* ciò che essa ha dichiarato così altamente *non potersi fare?* Si aggiunga che l'essere prescritta l'osservanza del procedimento stabilito per la rettificazione degli atti dello stato civile importa che la sentenza, con cui si ordini la tardiva iscrizione, *non possa mai essere opposta a quelle persone che non siano state parti nel giudizio* (art. 402 cod. civile); dal che seguirebbe questa palese assurdità che l'iscrizione tardiva regolarmente fatta non avrebbe effetti, e non costituirebbe quindi nemmeno la prova della filiazione legittima, contro coloro che fossero rimasti estranei al giudizio, mentre una iscrizione parimente tardiva, abusivamente ricevuta senza l'appoggio d'una sentenza, si riguarderebbe come *opponibile a tutti!*

Si obbietta che " la sorte del figlio e la sua civile esi- " stenza, non deve farsi dipendere dall'osservanza di una

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 170, § 425, pag. 650.

“ formalità meramente estrinseca e fuori dell’atto „. Bisogna però andar cauti nel considerare la condizione del tempo entro cui si può e si deve fare la dichiarazione di nascita, come cosa di secondaria importanza. Ben altrimenti; è quella anzi una condizione sostanziale, poichè, come abbiamo veduto, l’essere fatta la dichiarazione tosto dopo l’avvenimento della nascita è una delle principali garanzie su cui si fonda la fede che la legge accorda alla dichiarazione stessa. Si dice infine che il figlio *invocherà dal tribunale la rettificazione*, ossia *la conferma dell’atto tardivamente iscritto*, e il tribunale giudicherà secondo ragione ed a norma dei risultamenti del giudizio. Ma, oltrechè sembra veramente che si venga con ciò a creare un procedimento diverso da quello che la legge ha stabilito, è poi ovvio l’osservare che l’applicazione di questo sistema o non produrrà nessuna utilità reale o verrà in opposizione alla massima sancita dall’articolo 372 combinato col 402. Se s’intende che il figlio *non possa mai invocare, come prova della sua filiazione legittima, l’atto di nascita tardivamente iscritto, se non a fronte di coloro contro i quali abbia ottenuto sentenza a norma di detto art.* 372, è chiaro che tutto si ridurrà a dire che la sentenza possa *confermare una iscrizione già fatta*, invece di *autorizzarne una nuova;* ma starà sempre vero che l’iscrizione tardiva, non appoggiata a sentenza, non avrà alcuna efficacia come prova della filiazione legittima. Se poi s’intende che il figlio possa invocare la prova risultante dall’atto di nascita tardivamente iscritto, anche contro chi non sia stato parte nel giudizio in cui sia stata chiesta e pronunciata la conferma di quell’atto, è certo altrettanto che sarà offeso il principio dell’articolo 372, poichè non si osserveranno le regole della rettificazione degli atti dello stato civile, se se ne opporranno gli effetti a chi non fu parte nel giudizio.

Per ciò tutto riterremmo che l’atto di nascita iscritto dopo il termine, senza l’appoggio d’una sentenza che l’autorizzasse, sarebbe da riguardarsi, a fronte d’ogni avente

interesse, come mancante di qualsiasi valore di prova della filiazione legittima; e che unicamente la nuova dichiarazione di nascita, che fosse fatta in seguito a sentenza pronunciata a norma dell'art. 372, varrebbe di piena prova della filiazione legittima, a senso dell'art. 170, a fronte però soltanto di quelli che avessero preso parte al giudizio, o vi fossero stati regolarmente chiamati, com'è stabilito dall'art. 402 codice civile. Questa nostra opinione essendo fondata sull'art. 372 del nostro codice, saremmo dispensati dall'esaminare gli argomenti addotti in appoggio delle teorie contrarie professate da alcuni tra i commentatori del codice francese, in cui mancava una disposizione corrispondente. Pensiamo tuttavia che a conferma del nostro assunto non siano inopportune le osservazioni seguenti.

Il *Demante* dice che " la legge, accordando una gran " fede all'atto di nascita, deve supporne la regolarità; che " però l'atto irregolare non è per questo colpito di nullità; " e che pertanto dev'esser lecito ai giudici, apprezzando " la gravità della infrazione, di accordare a quell'atto più " o meno di fede „. Ma l'aver lasciato trascorrere il termine entro cui la legge prescriveva doversi fare la dichiarazione di nascita è più di una semplice irregolarità qualunque, è l'inadempimento d'una condizione a cui la legge subordinava la fede pubblica attribuita a quell'atto, perchè la prossimità del tempo in cui si fa la dichiarazione è una importante guarentigia della sincerità di essa. Posto ciò, non importa che per la tardività della dichiarazione non sia espressamente comminata la nullità dell'atto, perchè l'inadempimento d'una condizione a cui la legge subordini l'efficacia di un atto ne reca di per sè naturalmente la inefficacia.

Ov'è poi la legge che, allato della piena prova formata dall'atto che sia compiuto regolarmente dentro il tempo prescritto, ammetta una *semi-prova*, la quale possa risultare dall'atto benchè compiuto irregolarmente dopo

trascorso il termine? Ov'è la legge che attribuisca ai giudici quel potere discretivo di *accordare più o meno di fede* all'atto irregolare di nascita, potere che la legge sola potrebbe ad essi conferire, non già l'interprete?

Il *Demolombe* adotta in sostanza lo stesso ordine d'idee del *Demante;* si arresta però davanti alle conseguenze estreme del sistema, che condurrebbe a lasciare ai giudici la facoltà di attribuire, secondo le circostanze, *più o meno di fede*, senza escludere quindi neppure la *piena fede*, ad una dichiarazione di nascita fatta in *qualunque tempo;* e riconosce che *un limite è necessario;* laonde conchiude che " il termine stabilito dalla legge non è necessariamente " fatale, ma bisogna pur sempre che l'atto si trovi nella " condizione primitiva ed essenziale di qualunque atto di " nascita, vale a dire che *sia redatto in un tempo prossimo* " *al parto che ha per scopo di constatare* ". Ma quale dovrebbe essere questo *tempo prossimo?* Il legislatore stesso lo ha indicato prefiggendo un determinato numero di giorni entro cui la dichiarazione di nascita si deve fare. L'uscire da questo limite è quanto abbandonarsi completamente all'arbitrio dell'autorità giudicante.

Il ragionamento istituito dai signori *Aubry e Rau* parrebbe fra gli altri il più efficace, se non prendesse per base un concetto della cui esattezza dubitiamo. Dicono quegli illustri autori che il termine stabilito dalla legge per la dichiarazione di nascita ha *principalmente uno scopo di polizia, ed ha soltanto un rapporto indiretto colla forza probativa dell'atto di nascita.* Ora il legislatore ha voluto che dentro pochi giorni dalla nascita ne sia fatta la denunzia all'uffiziale dello stato civile, affinchè, essendo allora recentissimo il fatto, ne sia meglio garentita la verità, la sincerità e l'esattezza in ogni parte della dichiarazione, che può esser fatta da qualunque anche estranea persona che abbia assistito al parto; il che ha indubbiamente un *rapporto diretto colla forza probativa dell'atto;* e se a ciò si aggiunge anche uno *scopo di polizia*, questo però è secondario.

68 *bis*, IV. Resterebbe da ultimo di occuparci del caso in cui l'atto di nascita fosse irregolare nelle enunciazioni particolari che vi si richiedono allorchè la nascita sia *da unione legittima* (art. 375 codice civile), del caso cioè in cui, *constando la maternità*, mancassero le indicazioni relative al padre, o fosse designata la madre sotto il solo suo nome di famiglia, od anche vi fosse ella dichiarata *nubile*, o fosse enunciato come padre altri che il marito. Ma di questo argomento abbiamo già avuto altrove occasione di discorrere abbastanza ampiamente (1). Ci limiteremo quindi ora a richiamarne le massime fondamentali. L'atto di nascita non costituisce prova diretta fuorchè della *filiazione materna*. Della paternità deve bensì regolarmente recare *menzione;* ma la prova vera della *filiazione paterna* non sta in altro che nella *presunzione della legge* (art. 159 codice civile), la quale è per sè stessa indipendente dalle enunciazioni che ne siano o no state fatte nell'atto di nascita, o, a dir meglio, queste non possono esser altro che la riproduzione o quasi l'eco di quella. Pertanto, la mancanza di tali enunciazioni, od anche la esistenza di enunciazioni contrarie, non potrebbe mai nuocere alla presunzione di paternità legittima del marito, nè alla prova che di essa deriverebbe indirettamente dal risultarne accertata la maternità della moglie. Quello solo che è naturalmente ed assolutamente essenziale si è che, tra le enunciazioni volute dall'articolo 375, non manchino nell'atto quelle le quali valgano a constatare la *maternità*, nè quelle da cui siano pôrti gli elementi indispensabili per potere stabilire, in caso di contestazione, la *identità del figlio*.

Ne segue dunque che la regolarità dell'atto, quanto alle enunciazioni ch'esso dovrebbe contenere *relativamente alla filiazione paterna*, secondo la disposizione dell'articolo 375, non è fra le condizioni necessarie affinchè l'atto di nascita faccia prova della filiazione legittima. E sebbene la madre

---

(1) V. sopra, n. 38 *bis*, pag. 278, 281; n. 67, pag. 523-524.

fosse indicata nell'atto sotto il solo suo nome di famiglia, o vi fosse indicata come nubile, o fosse dichiarato ignoto il padre, od anche ne fosse enunciato uno diverso dal marito, pure l'atto di nascita provando la filiazione materna, porgerebbe eziandio gli elementi per ritenere che constasse, in forza della presunzione della legge, la paternità legittima del marito. A quest'ultimo non rimarrebbe quindi altra via fuor quella di agire *in disconoscimento*, per le cause, entro i termini e nei modi dalla legge stabiliti (1). Di tale massima si ha infatti una riprova evidente anche nella disposizione dell'articolo 174, dove non si ammette la prova suppletiva per testimoni fuorchè in casi nei quali dall'atto di nascita *non consta la maternità invocata dal figlio:* appunto perchè, se questa constasse, l'atto farebbe di per sè piena prova anche della paternità legittima.

69. L'atto di nascita, come più volte accennammo e come risulta espressamente dal testo dell'art. 170 codice civile, *fa di per sè prova piena della filiazione legittima.* Diretta non è però veramente questa prova se non quanto alla *filiazione materna*, poichè, come avvertimmo a luogo opportuno, la *filiazione paterna* è dimostrata unicamente dalla *presunzione legale* stabilita nell'articolo 159. E quantunque, giusta l'art. 375, debbasi nell'atto della nascita da unione legittima dichiarare anche il nome, cognome, professione e domicilio del padre, non è questa però che una semplice *enunciazione*, la quale non ha in sè stessa la forza della prova, e non la trae fuorchè dalla presunzione legale di paternità del marito; presunzione che è semplicemente richiamata e riprodotta in quella enunciazione. Molto meno poi potrebbesi considerare come emergente direttamente dall'atto di nascita la prova della *legittimità*,

---

(1) V. Demolombe, t. X, n. 196, 197; Aubry et Rau, t. VI, § 544, n. 11 e 12, 4ª ediz.; Laurent, t. III, n. 398, pag. 496 e seg.; Sentenza della Corte di cassazione di Napoli, 23 novembre 1869 (*Giur. It.*, XXI, 1, 747).

la quale consta di altri distinti elementi di fatto, pei quali occorrono particolari ed appropriati mezzi di prova (1). In ogni modo, dimostrando direttamente la nascita del figlio, il tempo in cui essa avvenne e la *filiazione materna* di lui; dimostrando ancora indirettamente sì, ma necessariamente, sul fondamento di questi fatti stessi e delle presunzioni di legge, la *paternità legittima del marito*, qualora non si contesti, e in caso di contestazione si provi, l'identità del figlio e lo stato coniugale della madre al tempo del concepimento od almeno della nascita di lui, dimostrando tutto ciò, l'atto di nascita somministra gli elementi d'una prova perfetta della filiazione legittima. E questa prova risulta da quell'atto per sè stesso, senza bisogno del sussidio d'altri mezzi legali che concorrano a corroborarla. Così non è dubbio non essere punto necessario che coll'atto di nascita concordi il possesso di stato goduto dal figlio. Questa conformità, se si verifica, ha un effetto importantissimo che già accennammo di sopra e del quale dimostreremo più innanzi le conseguenze; l'effetto cioè di precluder l'adito, come alla contestazione di questo stato, così pure alla reclamazione d'uno stato diverso (articolo 173 cod. civile). Ma per ciò stesso è manifesto che la coincidenza di questi due mezzi di prova, a cui si attribuisce un effetto particolare di tanta gravità, non potrebbesi considerare come necessaria normalmente per dare all'atto di nascita l'efficacia della prova ch'esso è per sua natura destinato a produrre circa la filiazione legittima. E infatti quell'atto è considerato isolatamente, nell'art. 170, come il mezzo ordinario di prova completa di tale filiazione; ed è solo *in mancanza di questo titolo* che il successivo art. 171 contempla il *possesso continuo dello stato di figlio legittimo* come mezzo suppletivo per quella prova.

Nè, in presenza della prova della filiazione legittima risultante dall'atto di nascita, il possesso di stato si limita

(1) V. sopra, n. 66.

solo a *non essere necessario;* ma anzi la dimostrazione di un *possesso contrario* non basterebbe a distruggere gli effetti della prova predetta. Di vero il modo primo e principale di provare la filiazione legittima consiste nell'atto di nascita; il possesso di stato non è preso in considerazione dalla legge fuorchè come mezzo suppletivo di prova *in mancanza del titolo* (d. art. 170 e 171 comb.), o come mezzo che, aggiungendosi al titolo a cui sia conforme e rafforzandolo, lo rende atto a resistere a qualunque tentativo di prova contraria (art. 173 cod. civ.). Sarebbe strano davvero, ed opposto ad ogni sano principio di diritto, se ciò che non è ammesso dalla legge se non all'effetto di supplire alla prova normale che manchi, o di convalidarla se esistente, si riguardasse invece come sufficiente a distruggere l'efficacia giuridica della prova stessa ordinaria e principale che realmente si avesse. Il titolo risultante dall'atto di nascita, che provi una determinata filiazione legittima, basta dunque per attribuire a chi lo abbia in proprio favore il godimento dei vantaggi e l'esercibilità dei diritti dipendenti da quello stato di filiazione; quand'anche colui o non abbia il possesso di nessuno stato di filiazione, o ne possegga uno di filiazione diversa, sia poi naturale, sia poi parimente legittima (1).

L'efficacia della prova, che in rapporto alla filiazione legittima si attribuisce all'atto di nascita, non potrebbesi estendere al *riconoscimento* che l'uno dei coniugi od anche amendue facessero d'un figlio *nato durante il matrimonio,* ma di cui fosse stata ommessa la denunzia all'uffizio dello stato civile, o che vi fosse stato dichiarato come figlio di genitori ignoti. Il riconoscimento è il mezzo principale di prova della filiazione naturale; e può anche attribuire a

---

(1) V. Zachariae, t. II, § 547, nª 3, 2ª ediz. Bruxelles; Aubry et Rau, t. VI, § 544, nª 5. 4ª ediz.: Demolombe, t. V. n. 202; Laurent, t. III. n. 497, pag. 512.

chi sia nato fuori di matrimonio la qualità di figlio legittimo, mediante la *legittimazione per susseguente matrimonio*, sebbene il detto riconoscimento sia stato *posteriore alla celebrazione del matrimonio stesso* (art. 194, 197 cod. civ.). È solo in mancanza del riconoscimento che gli effetti stessi di esso possono ottenersi mediante una sentenza che dichiari la filiazione naturale, di cui è ammessa sempre la ricerca in riguardo alla maternità, ed in alcuni casi di eccezione è ammessa pure per la paternità (art. 189, 190, 192 codice civile). Ma al contrario, il riconoscimento non è annoverato dalla legge tra i mezzi di prova della filiazione legittima; i quali si limitano, come vedemmo, all'*atto di nascita*, *al possesso di stato* ed alla *testimonianza* appoggiata ad un *principio di prova per iscritto* o ad *indizi e presunzioni gravi*. E poichè versiamo in una materia che è di dominio esclusivo della legislazione positiva, e nella quale perciò le disposizioni di questa devono considerarsi tutte come di rigore, è chiaro che il silenzio della legge è qui da riguardarsi come equivalente all'esclusione assoluta del riconoscimento quale mezzo di prova della filiazione legittima. D'altra parte quella esclusione è assai facilmente giustificabile; perchè non sarebbe ammissibile che potesse dipendere dalla volontà di taluno l'attribuire altrui uno stato, qual è quello di filiazione legittima, che produrrebbe rapporti giuridici non solo tra il figlio e coloro che se ne fossero dichiarati genitori, ma eziandio tra il figlio stesso e tutti coloro che per vincolo di parentela legittima appartenessero alle famiglie dei genitori medesimi. Se anche pertanto amendue i coniugi avessero riconosciuto come proprio un figlio, in un atto posteriore a quello di nascita, ciò non sarebbe sufficiente a formar prova della filiazione legittima; e molto meno poi potrebbe bastare a ciò il riconoscimento che fosse stato fatto da un solo dei genitori, per esempio dalla madre, che rimasta vedova avesse dichiarato esser nato da lei durante il matrimonio un figlio che fosse stato denunciato all'ufficio dello stato civile

come nato da genitori ignoti (1). Non sarà per questo senza rimedio lo stato del figlio; a cui potrà provvedersi, secondo i casi, o mediante la tardiva iscrizione dell'atto di nascita che manchi, o mediante la rettificazione dell'atto esistente, o mediante l'esercizio dell'azione in reclamazione di stato che il figlio stesso intenti. Ma in ogni ipotesi sarebbe sempre necessaria la pronunciazione d'una sentenza, che il tribunale emanerebbe in seguito a conveniente istruzione; e l'atto di riconoscimento, che fosse stato emesso dai genitori o da uno di essi, non essendo per sè sufficiente, potrebbe solo essere considerato dall'autorità giudicante come costituente una *presunzione* che potrebbe concorrere *a rendere ammissibile la prova testimoniale* a termini dell'art. 174 cod. civile.

69 *bis*, I. Per quanto in sè perfetta, la prova di filiazione legittima risultante dall'atto di nascita non è però invincibile. Essa non acquista un tale carattere se non quando le si aggiunga un *possesso di stato conforme* (art. 173 cod. civ.). In ogni altro caso può essere combattuta; ma i mezzi ne sono diversi, secondo l'indole particolare dei fatti di cui si voglia impugnare la verità. Da quanto abbiam detto precedentemente, risulta già come di questi fatti, enunciati nell'atto di nascita, possano distinguersi tre diverse categorie. Alcuni di essi sono *attestati dell'uffiziale dello stato civile siccome avvenuti alla sua presenza*. Tali sono la *presentazione del neonato* (articolo 371 cod. civ.), l'essergli stato dato un tal nome (art. 374 codice civile), l'essere state fatte dai comparenti certe dichiarazioni, l'essere state presenti all'atto come testimoni certe persone, l'aver esse e i comparenti sottoscritto l'atto, ecc. E di questi fatti l'atto medesimo fa *pubblica fede;* nè la prova che di essi ne risulta potrebb'essere impugnata in

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 89, n. 14; Duranton, t. III, n. 125; Demolombe, t. V, n. 193.

altro modo che coll'attaccarlo *mediante querela di falso* (art. 1315, 1317 cod. civ., 296 e seg. cod. proc. civile). Altri, quantunque enunciati ugualmente nell'atto dello stato civile, non sono però attestati dall'uffiziale pubblico per conoscenza propria, ma come dichiarati e testificati dalle parti comparenti. Tali sono il luogo e il tempo della nascita e la *maternità;* e di essi l'atto fa veramente quella piena fede che, pei gravi motivi già sopra avvertiti, il legislatore ha riputato di dover attribuire alla testimonianza dei comparenti. Tuttavia chi pretenda non essere conformi a verità le fatte dichiarazioni, non ha bisogno, per impugnarle, di ricorrere alla *querela di falso*, poichè non si tratta di oppugnare le attestazioni d'un pubblico funzionario intorno a fatti ch'egli abbia dichiarato essere avvenuti in sua presenza; ma trattandosi invece di combattere una semplice testimonianza privata, gli basta il produrre le prove in contrario con qualunque dei mezzi ordinariamente permessi. Tutto ciò è infatti pienamente conforme alla disposizione testuale dell'art. 363 del nostro codice, secondo il quale " gli atti dello stato civile..... " *fanno prova fino a querela di falso di ciò che l'uffiziale* " *pubblico attesta avvenuto alla sua presenza* „ mentre " *le dichiarazioni dei comparenti fanno fede sino a prova* " *contraria* „ (1).

Da ultimo, tra i fatti ai quali serve di prova, indirettamente almeno, l'atto di nascita, avvene uno che non è veramente, nè può essere, attestato, sia dall'uffiziale dello stato civile, sia dalla parte privata comparente, ma è provato soltanto da una *presunzione legale*, di cui la menzione che se ne fa nell'atto non è che la riproduzione e il ricordo; ed è la *paternità del marito.* Da ciò appunto che la prova non si trae nè da dichiarazioni fatte dall'uffiziale

---

(1) V. sentenze della Corte d'appello di Torino, 9 marzo 1870 (*Giur. T.*, t. VII, 404); della Corte d'appello di Parma, 18 giugno 1894 (*Giur. It.*, XXXVI, II, 633).

pubblico in tale sua qualità, nè da testimonianze private da lui ricevute, ma soltanto da una presunzione di legge fondata su motivi d'alto interesse generale, ne segue dunque che il mezzo per combattere efficacemente una tal prova non possa consistere nell'impugnar l'atto mediante querela di falso, nè molto meno, in una semplice prova contraria da somministrarsi nei modi ordinari, ma unicamente nell'usare della facoltà che la legge concede contro la propria presunzione, la facoltà cioè del disconoscimento di *paternità*, esercitandolo nei casi, entro i termini e coi modi che la legge stessa ha stabiliti con disposizioni eccezionali, e quindi tassative, in conformità dei motivi di interesse pubblico che consigliarono a mantenere incolume quanto si potesse la presunzione di paternità legittima del marito. Così pertanto, dei tre fatti che risultano dall'atto di nascita, cioè *la nascita* stessa, la maternità, e la *paternità* — a due dei quali l'atto medesimo serve di prova direttamente, e al terzo solo indirettamente — il primo non potrebb'essere contestato se non *mediante querela di falso;* al secondo potrebbesi opporre *qualunque prova contraria;* l'ultimo non sarebbe impugnabile fuorchè coll'*esercizio dell'azione in disconoscimento*. Tuttavia, mentre sulla prima e sulla terza di queste massime nessuno mette dubbio, sulla seconda invece la dottrina presenta qualche incertezza. Vi sono autori i quali insegnano che “ l'atto di nascita prova, *fino ad iscrizione in falso*, la “ maternità della donna maritata che l'atto stesso indica “ come madre del neonato „ (1). Il maggior numero sta però per l'opinione contraria (2); la quale, come notammo, è tanto più sicuramente da adottarsi per noi, poichè

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Maternité*, n. 6; *Quest. de droit;* v° *Questions d'état*, § 2; Zachariae, t. II, § 547, n^a^ 6, 2^a^ edizione, Bruxelles; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, n. 475, pag. 327.

(2) V. Duvergier sur Toullier, *Ann.*, n. 854, § 2, pag. 73; Valette sur Proudhon, t. II, n. 80, obs. II; Aubry et Rau, t. VI, § 544, n^a^ 8, 1^a^ ediz.; Marcadé, art. 319, § II, n. 27; Demolombe, t. V, n. 204 Laurent, t. III, n. 394, pag. 491 e 492.

riesce in perfetta concordanza colla massima generale proclamata nel citato articolo 363, che fu aggiunto nel nostro codice alle disposizioni del codice Francese. Quell'articolo infatti stabilendo, conformemente a ragione ed ai principii generali di diritto, che *gli atti dello stato civile fanno prova fino a querela di falso di ciò che l'uffiziale pubblico attesta avvenuto alla sua presenza*, ma *le dichiarazioni dei comparenti fanno fede soltanto fino a prova contraria*, esclude evidentemente qualunque possibilità di distinguere se si tratti d'uno o d'altro atto dello stato civile, d'una o d'altra dichiarazione dei comparenti. Gli atti di nascita, come quelli di matrimonio o di morte, le dichiarazioni relative alla maternità come tutte le altre che negli atti di nascita si contengono, sono dunque certamente soggetti a questa medesima regola. Nè poi può rivocarsi in dubbio che le enunciazioni fatte nell'atto di nascita relativamente alla maternità non possono aver fede fuorchè come *dichiarazioni dei comparenti*, non già come *attestazioni dell'uffiziale pubblico*. Ciò che l'uffiziale di stato civile attesta come *avvenuto alla sua presenza*, è unicamente che la tale *dichiarazione gli è stata fatta*, e questo si ritiene quindi provato *fino a querela di falso*. Ma l'uffiziale stesso non può al certo assicurare la verità della dichiarazione che riceve; e questa pertanto non ha altro fondamento che la testimonianza dei comparenti i quali fanno la dichiarazione stessa, e però non può aver fede se non *fino a prova contraria*.

69 *bis*, II. Ritenuta la predetta massima generale, è però necessaria qualche particolare considerazione intorno ai diversi casi che possono verificarsi, quanto alle persone che abbiano fatta la dichiarazione di nascita (art. 373 cod. civ.). Il *Toullier* esamina queste varie ipotesi; e sia che la dichiarazione sia stata fatta da un solo dei genitori o da amendue, personalmente o col mezzo di procuratore, o da altre persone che abbiano

assistito al parto, ritiene sempre che la dichiarazione stessa *formi una prova completa*, dimostrando d'intendere con ciò che la *maternità* dichiarata nell'atto di nascita sia da riguardarsi come provata *fino a querela di falso*. Lo ritiene quand'anche siano dichiaranti terze persone che abbiano assistito al parto, perchè le considera quasi come *uffiziali pubblici*, in forza della missione che dà loro la legge per la dichiarazione di nascita (1). Non è però da ammettersi un'idea tanto spinta intorno al carattere che la legge attribuisce ai dichiaranti da essa designati. È data a loro una missione, o meglio è imposto un obbligo, che ha il suo fondamento nella circostanza di fatto che, avendo *assistito al parto*, possono farne *testimonianza propria e diretta*. Ma questa testimonianza è pur sempre di persone che non hanno carattere di pubblici funzionari. Non può dunque dubitarsi della verità del principio già sopra enunciato; che cioè la dichiarazione di nascita fatta, a termini dell'art. 373, *dal dottore di medicina o chirurgia, o dalla levatrice, o da altra persona che abbia assistito al parto, o dal capo della famiglia o dall'uffiziale delegato dello stabilimento* in cui ebbe luogo il parto, se esso avvenne fuori dell'ordinaria abitazione della madre, non fa già fede *fino a querela di falso*, ma *solo fino a prova contraria*.

69 *bis*, III. Ma può dirsi esattamente lo stesso anche del caso in cui la dichiarazione sia stata fatta dai genitori medesimi o da uno di essi? Se amendue i genitori, personalmente o col mezzo di mandatari speciali, avessero preso parte all'atto di dichiarazione della nascita del figlio, è certo che ad essi medesimi non potrebbe esser lecito di venire più tardi contro il fatto proprio, impugnando, all'appoggio di prove contrarie, la *confessione* fatta della loro qualità di padre e madre legittimi, con una ritrattazione che sarebbe uno scandalo odioso

(1) V. Toullier, t. III, n. 860.

ed un'allegazione della propria turpitudine. La legge, che nell'art. 161 contempla la *confessione anche solo tacita*, che debba riputarsi fatta dal marito circa la paternità sua sul figlio concepito prima del matrimonio durante cui sia nato, e le attribuisce una efficacia così invincibile, da togliere al marito stesso la facoltà di quella *negazione di paternità* che altrimenti avrebbe potuto esercitare anche senza appoggiarla a nessun mezzo di prova; la legge, diciamo, non potrebbe, se non con una flagrante contraddizione, disconoscere il valore della *confessione espressa*, che della paternità e maternità rispettiva sul figlio concepito o nato durante il matrimonio facciano i genitori nell'atto di nascita, nel quale il padre *deve* e la madre può esser parte dichiarante in tale sua qualità. Poichè pertanto i genitori, i quali all'uffizio dello stato civile avessero dichiarato il figlio come nato dalla loro unione legittima, non potrebbero essere ammessi ad impugnare la prova risultante dalla loro espressa e formale confessione, non rimarrebbe più aperta per loro altra via fuor quella di *negare d'aver fatta la dichiarazione;* e siccome sarebbe inevitabile per ciò il *contestar quello che l'uffiziale pubblico attestava essere avvenuto alla sua presenza*, non potrebbe dunque procedersi in altro modo che *mediante querela di falso.*

Ma sarebbe forse diversa la massima da doversi adottare, allorchè la prova risultante dalla dichiarazione dei genitori non fosse impugnata da loro stessi, ma da altre persone aventi interesse? Quello (così potrebbesi argomentare) che pei genitori dichiaranti è una confessione dei loro rapporti di maternità e paternità legittima col figlio, pei terzi interessati non è altro che una *dichiarazione privata*, ch'essi perciò possono impugnare con l'appoggio della semplice prova in contrario, senza bisogno di ricorrere alla querela di falso, poichè non contestano nulla di ciò che l'uffiziale dello stato civile ha enunciato come avvenuto alla sua presenza. Ma la questione vuol

essere qui considerata sotto un altro aspetto. Poichè la dichiarazione di nascita del figlio, fatta da amendue i genitori congiunti in matrimonio, costituisce per essi la prova perfetta e generalmente irrepugnabile della legittimità del figlio stesso, ed assicura quindi a lui lo stato civile corrispondente, senza lasciare aperta altra via per combatterlo fuorchè quella di *attaccar l'atto dello stato civile mediante querela di falso*, o di *contestare l'identità del figlio;* par chiaro che neppure ad alcun altro interessato, che non possa appigliarsi ad uno di questi due mezzi, debba esser lecito oppugnare la filiazione materna così dichiarata dai genitori stessi, proponendone semplicemente la prova contraria. Se si considerino le relazioni stesse principali di maternità e paternità legittima, apparisce assurdo l'ammettere ch'esse possano essere impugnate da terze persone, quando siano inattaccabili da parte di coloro stessi che vi hanno interesse diretto e precipuo. Se poi si considerino i rapporti secondari, che appunto diano fondamento all'interesse in virtù del quale quelle terze persone intendano di agire, sembra altrettanto chiaro che, questi rapporti non potendo essere che derivazioni e conseguenze giuridiche dei primi, si opporrebbe a poterli impugnare il principio della indivisibilità dello stato personale. Essendo infatti accertato, salvo combatterlo col procedimento per falso, o contestando l'identità del figlio, che questi appartiene per filiazione legittima ai tali genitori, non è ammissibile che si oppugnino con mezzi diversi le relazioni conseguenti coi parenti legittimi del padre e della madre stessi.

Sarebbe dunque da adottarsi pienamente in questo particolare rapporto, e da estendersi anche ai terzi aventi interesse, la teoria insegnata dal *Toullier* (1); che cioè " se la dichiarazione è stata fatta dal padre e dalla " madre presenti o rappresentati da mandatari speciali,

---

(1) V. Toullier, t. III, n. 854.

" è evidente ch'essa fa fede contro di loro e dei loro " rappresentanti „ e che " non si può allora contestare " la filiazione fuorchè in due maniere; o attaccando l'atto " di nascita col mezzo della procedura per falso, o ne- " gando l'identità del reclamante, quando egli non abbia " in proprio favore un possesso continuo di stato „.

69 *bis*, IV. Veniamo ora all'altra ipotesi, che sia comparso a dichiarare la nascita del figlio uno solo dei genitori; e supponiamo prima il caso, benchè meno frequente, in cui la dichiarazione sia stata fatta *dalla madre o da persona munita di suo speciale mandato* (art. 373 al^{a} 1° cod. civ.). Non vi ha dubbio che questo caso non differisce sostanzialmente dal precedente, per ciò che riguarda la maternità e l'irrefragabilità della prova che ne risulta dall'atto di nascita, contro la madre che fece la dichiarazione. Forsechè sarà diversamente quanto alla *filiazione paterna?* E contro il marito che non prese parte alla dichiarazione, questa non farà fede alcuna, od almeno lascierà ammissibile a favore di lui la *prova contraria*, senza bisogno di ricorrere alla *querela di falso*, nè di contestare, se ne fosse caso, l'*identità del figlio?* A primo aspetto si sarebbe tentati a pensarlo; perchè, potrebbesi dire, le condizioni dei coniugi essendo perfettamente uguali, non vi è motivo bastante acciocchè la dichiarazione dell'uno vincoli l'altro in rapporto alla legittimità della prole che sarebbe ad essi comune, e d'altro lato non sarebbe assurdo, nè contraddicente al carattere d'indivisibilità dello stato personale, che i rapporti civili proprii della filiazione legittima legassero il figlio ad uno dei coniugi ed ai parenti di lui, e non all'altro coniuge nè alla sua famiglia. Pure una semplice considerazione basta a dimostrare l'errore di questo concetto. L'atto di nascita, come abbiamo sopra riconosciuto (1) e ricor-

---

(1) V. n. 67, pag. 523.

dato in più luoghi, non costituisce *prova vera e diretta* se non *della maternità;* solo indirettamente serve anche a formar base della prova della *filiazione paterna*, e quindi eziandio *della legittimità* di stato; imperocchè provata la maternità, e lo stato coniugale della madre al tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento del figlio, ne risulta necessariamente dimostrata pure la filiazione paterna legittima, in virtù della presunzione di legge che reputa il marito padre del figlio concepito durante il matrimonio. Non può dunque costituire una indifferenza sostanziale, per gli elementi di prova emergenti dall'atto di nascita, in riguardo alla paternità legittima, l'avere o no preso parte, alla dichiarazione ricevuta con quell'atto, il marito. La dichiarazione della madre basta per certo a provare pienamente ed irrefutabilmente la *maternità*, cioè a far constare ciò che nell'atto di nascita è essenziale per la prova della filiazione legittima. A quella prova della maternità non può efficacemente opporsi una prova contraria nè dalla madre stessa, nè da qualunque terza persona interessata, e quindi nemmeno dal marito, sebbene vi abbia egli pure interesse principalissimo. Dopo ciò, la filiazione paterna rimane provata contro il marito dalla presunzione di legge che lo reputa padre del figlio concepito durante il matrimonio; nè può sottrarsene fuorchè combattendo quella presunzione col solo mezzo che la legge stessa, sotto certe condizioni, ammette, col mezzo cioè del *disconoscimento di paternità.* Quando pertanto la dichiarazione di nascita sia stata fatta dalla madre sola o da un suo procuratore speciale, essa farà fede anche contro il marito; il quale non potrà impugnarla con semplice prova contraria, ma solo negando che quella dichiarazione sia stata fatta dalla moglie sua, e quindi attaccando l'atto di falso, ovvero contestando l'identità del figlio; o potrà ancora sottrarsi alle conseguenze giuridiche della paternità legittima che per lui ne risulta, esercitando l'azione

in disconoscimento. Così sembra, anche in questa parte, da accogliersi la dottrina insegnata dal *Toullier* (1).

69 *bis*, V. Supponiamo da ultimo il caso, che è veramente il più ordinario, in cui la dichiarazione di nascita sia stata fatta dal solo marito. Farà essa prova completa della filiazione materna contro la moglie stessa, la quale perciò non sia ammissibile alla prova in contrario che domandi di fare? Il Toullier scioglie anche questa quistione in senso affermativo, osservando: che il marito ha conoscenza certa della maternità; che la legge gl'impone come obbligo, sanzionato da pene pecuniarie, di denunziare all'uffiziale dello stato civile la nascita del figlio; che merita tutta la fede la dichiarazione ch'egli fa di avere ottenuto lo scopo legittimo della sua unione maritale; che infine con tale dichiarazione egli attribuisce alla moglie una maternità onorevole; e ne conclude che " la " dichiarazione del marito fa prova completa della mater- " nità contro la moglie „ e che " questa maternità non " potrebb'essere contestata se non *impugnando l'atto colla " querela di falso, o negando la identità del reclamante*, se " questi non avesse possesso di stato „ (2). Per altro, tutte queste considerazioni non varrebbero propriamente ad altro che a provare la credibilità del marito nella dichiarazione ch'egli fa della nascita del figlio e della maternità della moglie. Ed è appunto per tali ragioni che la legge, annoverando le persone a cui dà missione per dichiarare la nascita, e alle quali accorda pubblica fede circa la dichiarazione stessa, ha indicato prima d'ogni altro il padre (art. 373 cod. civ.). Ben si comprende come abbia potuto ritener sufficienti tali motivi, per indurne che *la maternità della donna maritata sia provata anche contro di lei, fino ad iscrizione in falso, dalla dichiarazione del marito*,

(1) V. Toullier, t. III, n. 857.
(2) V. Toullier, t. III, n. 855.

quell'autore che ha reputato doversi estendere una massima somigliante anche alla dichiarazione di qualunque altra delle persone designate dalla legge. Ma poichè quest'opinione, rifiutata dal maggior numero degli autori, è effettivamente inaccettabile, come sopra dimostrammo, non saprebbesi scorger ragione per ritenere, quanto alla dichiarazione del marito, una regola diversa da quella che abbiamo veduto doversi osservare in ordine alla dichiarazione del medico, del chirurgo, della levatrice o di altra persona che abbia assistito al parto; che cioè ne risulti bensì una *prova perfetta della maternità*, ma una prova a cui si possa contraddire con semplice prova contraria, senza dover ricorrere alla querela di falso. Invero la dichiarazione del marito non è altro, rispetto alla moglie ed alla maternità sua, che una testimonianza; autorevole veramente, più d'ogni altra, ma pur sempre una semplice testimonianza, la quale non può trarre dalla qualità della persona nessun carattere di autenticità. Non può dunque esservi motivo sufficiente per negare che si possa combattere questa prova se non col mezzo della querela di falso, mentre non sono veramente i risultamenti dell'atto pubblico come tale che si vengano a contraddire, mentre non si contesta che la dichiarazione di nascita sia stata fatta come l'uffiziale dello stato civile lo ha attestato, ma solo si oppugna *la verità della dichiarazione*. Nè poi potrebbe stare il paragone tra la prova che fa contro il marito la dichiarazione della moglie, e quella che possa fare contro la moglie la dichiarazione del marito. Nel primo caso abbiamo una confessione di maternità legittima, che fa piena ed irrepugnabile prova contro la madre stessa che la emise, e non lascia a qualunque terza persona interessata nessun mezzo per combatterla, se non *contestando che la dichiarazione sia stata fatta* ed *impugnando quindi l'atto come falso*, ovvero contestando l'identità del figlio; e provata in tal modo la *filiazione materna*, ne riesce poi provata anche indirettamente, col mezzo della presunzione della

legge, la *filiazione paterna legittima* a favore del figlio concepito durante il matrimonio; sicchè il marito non può evitarne gli effetti giuridici se non esercitando l'azione in disconoscimento. Nel secondo caso non abbiamo nulla di tutto ciò, e la dichiarazione del marito, al par di quelle delle altre persone designate dalla legge, non ha altro carattere che di un'attestazione del fatto della maternità; fatto nel quale il marito dichiarante ha certamente un interesse diretto e principale, senza che però questo faccia uscire la forza di prova della dichiarazione di lui, dai limiti d'una semplice testimonianza privata. Non sarebbe nuovo, per quanto strano, il fatto che un marito avesse l'audacia d'iscrivere come nati dal suo matrimonio figli che avesse avuti da una concubina; nè potrebbe ammettersi che contro tale sua dichiarazione fosse negata alla moglie la facoltà della prova in contrario, e non le si lasciasse altro rimedio da quello in fuori della querela di falso; rimedio che non sarebbe applicabile se non *quando si potesse affermare e dimostrare che la dichiarazione registrata nell'atto dello stato civile non fosse realmente stata fatta dal marito all'uffiziale pubblico.*

Riepilogando quanto abbiamo detto circa *i mezzi coi quali si può combattere la prova della filiazione legittima risultante dall'atto di nascita*, avremmo dunque stabilite le massime seguenti:

1° Quando la dichiarazione di nascita risulti fatta dal padre o da un suo procuratore speciale, essa ha contro di lui l'effetto di una prova piena ed irrepugnabile, in guisa da non poter esser lecito a lui stesso il combatterla, se non col mezzo della querela di falso, o contestando la identità del figlio; ma le altre persone interessate, e la madre stessa, potrebbero, senza ricorrere a quegli speciali mezzi, farsi ammettere *a provare in contrario.*

2° Quando la dichiarazione sia stata fatta *dal medico, dal chirurgo, dalla levatrice, da altra persona che abbia assistito al parto, o dal capo della famiglia o dall'uffiziale dele-*

gato dello stabilimento in cui il parto sia avvenuto, sì la moglie che il marito denunciati come genitori, e sì ancora qualunque persona avente interesse, possono ricorrere alla prova contraria, quando anche nè impugnino l'atto di falso, nè neghino la identità del figlio.

3° Quando la dichiarazione sia stata fatta dalla madre o da persona munita di suo speciale mandato, o quando sia stata fatta insieme da lei e dal marito, rimane provata pienamente ed incontestabilmente la filiazione materna, tanto a fronte di amendue i coniugi quanto a fronte di qualunque terzo interessato. Solo si può da ciascuna di queste persone impugnare l'atto mediante querela di falso, ovvero contestare l'identità del figlio. Dalla prova della maternità della donna maritata, risultando poi anche provata indirettamente la *paternità del marito*, rispetto al figlio concepito durante il matrimonio, il marito stesso non può combattere la relativa presunzione di legge, fuorchè col mezzo dell'azione in disconoscimento, se si verifichino le cause e le condizioni dalla legge determinate.

70. Affinchè l'atto di nascita somministri, relativamente alla filiazione legittima, quegli elementi di prova e con quegli effetti dei quali parlammo nei numeri precedenti, è necessario, ben s'intende, che nell'atto predetto si contengano tutte le dichiarazioni ed enunciazioni che, secondo la natura sua e secondo le disposizioni della legge, sono essenziali acciocchè quell'atto possa servire efficacemente alla prova per la quale è destinato. — Ciò diciamo delle dichiarazioni ed enunciazioni che siano *essenziali all'atto;* imperocchè la mancanza o la imperfezione di quelle che pur sono prescritte dalla legge, ma non necessarie pel fine a cui l'atto stesso deve servire come mezzo di prova, non pregiudicherebbe, com'è naturale, agli effetti della prova predetta.

Ma quelle dichiarazioni ed enunciazioni non devono già considerarsi come costituenti un tutto *indivisibile*, talchè

non si possa fondare sull'atto di nascita la prova della filiazione che s'invochi, senza accettarne illimitatamente come vere tutte ad un tempo le dichiarazioni ed enunciazioni che vi si contengano. Questa teoria della *indivisibilità del titolo* fu un tempo in voga, ma rimase poi abbandonata, sicchè oramai non ha più sostenitori. E veramente essa non poteva reggersi, secondo i principii di diritto. — Tra i varii mezzi di prova ammessi dalla legge, uno solo ha propriamente questo carattere di *indivisibilità;* ed è la *confessione della parte;* essendo stabilito che: " La confes- " sione giudiziale o stragiudiziale *non può essere divisa in* " *danno di chi l'ha fatta* „ (art. 1360 cod. civ.). Il che è ben naturale, imperocchè quello dei contendenti il quale, non avendo altro mezzo con cui provare i fatti giuridici da lui allegati, voglia prevalersi delle dichiarazioni stesse del suo avversario, è inevitabile che prenda queste dichiarazioni come sono fatte, nella loro integrità; mentre non vi sarebbe motivo di accogliere una parte di esse rifiutando l'altra, ed anzi così facendo si altererebbe il carattere fondamentale di questo mezzo di prova, che consiste nel considerare come dimostrata l'esistenza dei fatti controversi *nel modo in cui li riconobbe veri la parte contraria.* Queste considerazioni però sono affatto particolari, e valevoli soltanto per questo speciale mezzo di prova, che è la *confessione della parte.* Ora l'*atto di nascita* non può certamente considerarsi come costituente una *confessione stragiudiziale.* Ciò è di tutta evidenza quando la dichiarazione di nascita sia fatta dal medico o chirurgo, dalla levatrice, da altra persona che abbia assistito al parto, dal capo della famiglia o dall'uffiziale delegato dello stabilimento in cui il parto sia avvenuto. L'atto di nascita non fa allora che constatare il fatto della maternità, sulla dichiarazione di coloro che ne furono testimoni. Ma quand'anche la dichiarazione della nascita sia fatta invece *dal padre o dalla madre,* sebbene l'atto venga allora a contenere la *confessione del comparente* circa la relazione di filiazione che lo

lega a colui del quale denunzia la nascita, pure non è da questo carattere di confessione della parte che derivi la forza di prova che l'atto ha secondo la legge, ma dall'indole giuridica dell'atto in sè stesso, dall'esser esso formato coll'osservanza delle disposizioni della legge, e dal fondarsi sulla dichiarazione di persone che dalla legge medesima hanno a quest'uopo una missione, obbligatoria quanto al padre, facoltativa quanto alla madre, ma sì per l'uno che per l'altra una missione non diversa da quella che è data dalla legge stessa alle altre persone ch'essa designa per fare una tale dichiarazione. In nessuno di questi casi può dunque essere applicabile quel principio d'*indivisibilità* che è proprio e particolare della *confessione della parte*, poichè non è mai da tale carattere che traggasi la virtù probativa dell'atto.

Dimostrata pertanto la *divisibilità* delle dichiarazioni ed enunciazioni contenute nell'atto di nascita, per ciò che riguarda gli effetti della prova che se ne può dedurre, ne risulta prima di tutto questa conseguenza rilevantissima; che chi appoggi la prova dell'invocata filiazione legittima a quell'atto, possa tuttavia contestare qualcuna delle dichiarazioni ed enunciazioni ivi contenute, ed essere ammesso a somministrarne *prova in contrario*, purchè non si tratti di uno di quei fatti che, essendo attestati dall'uffiziale pubblico siccome avvenuti in sua presenza, non possono essere contraddetti fuorchè mediante *querela di falso*. Così, per esempio, in una questione di successione ereditaria, esercitandosi da parte dell'attore in petizione di eredità l'invocato diritto all'appoggio dell'atto di nascita dell'autor suo, si potrebbe tuttavia contraddire alla dichiarazione contenuta nell'atto stesso relativamente al *tempo della nascita*, e provare col mezzo di testimoni ch'essa fosse avvenuta anteriormente al giorno ivi indicato, per dimostrare così che quello in cui nome si reclama il diritto all'eredità fosse già concepito al tempo in cui la successione si aperse.

Questo però, di cui s'intende la ragionevolezza quando si tratti di dividere le varie e distinte dichiarazioni ed enunciazioni contenute nell'atto di nascita, sarebbe evidentemente inapplicabile per scindere invece una sola dichiarazione od enunciazione, ritenendone una parte e contestandone l'altra; il che sarebbe assurdo. Così, per darne un esempio, chi producesse l'atto di nascita per provare la propria filiazione, non potrebbe certo pretendere di restringere gli effetti della prova ad alcuna delle indicazioni determinanti la persona della madre, per attribuirsi una filiazione materna diversa da quella che dal complesso di tali indicazioni risulterebbe.

Dello stesso principio di *divisibilità* dei risultamenti dell'atto di nascita un'altra conseguenza importantissima abbiamo già notata altre volte; intorno al caso che l'atto predetto, recando indicazioni precise relativamente alla filiazione materna, le contenga erronee riguardo alla filiazione paterna, enunciando la madre come nubile, o il padre come incerto, o designando anche come padre un individuo diverso dal marito. E vedemmo come, appunto in forza della divisibilità degli elementi di prova contenuti nell'atto, le indicazioni erronee circa la paternità non potrebbero arrecar nocumento alla prova che l'atto stesso regolarmente farebbe della maternità; e come, questa sola parte di prova essendo veramente essenziale dell'atto di nascita, mentre la parte concernente la filiazione paterna ha fondamento unicamente nella presunzione di legge che padre del figlio concepito durante il matrimonio sia il marito, la paternità legittima di quest'ultimo rimarrebbe quindi senz'altro provata, dipendentemente dall'atto stesso, non ostante anche le enunciazioni contrarie che vi si contenessero.

71. Fu già dimostrato come l'atto di nascita *non formerebbe veramente per sè solo prova completa nemmeno della filiazione materna;* perocchè a tal uopo sarebbe ne-

cessaria la constatazione di due fatti distinti, cioè *il parto*, ossia la *maternità*, e l'*identità del figlio*. Ora se il primo di essi è provato direttamente e perfettamente dall'atto di nascita, non è così del secondo; del quale perciò bisognerà trarre la prova da altri mezzi estrinseci all'atto di nascita, ogni volta che ne accada la contestazione. — Certamente se la persona, che per provare la propria filiazione legittima si appoggia all'atto di sua nascita, potesse anche allegare un *possesso di stato conforme*, non sarebbe più caso di addurre altra prova circa l'*identità;* poichè anzi il titolo stesso diverrebbe sovrabbondante, bastando il possesso continuo, in mancanza del titolo, per provare perfettamente lo stato di figlio legittimo (art. 171 cod. civ.). Ma se quel possesso o manchi del tutto o sia incompleto, per deficienza d'alcuno dei requisiti che sarebbero necessari a costituirne una prova bastante in mancanza del titolo (art. 172 cod. civ.), sarà pur necessario ricorrere ad altri mezzi per dimostrare che il figlio, di cui l'atto di nascita provi essersi sgravata nel tal tempo la tal donna maritata, *sia identicamente quello che reclama lo stato* di suo figlio legittimo. Quali saranno dunque i mezzi adottabili per riuscire efficacemente in questa dimostrazione? Non vi ha dubbio, innanzi tutto, che mezzo utile, e migliore anzi d'ogni altro, deve considerarsi appunto il possesso; non già, s'intende, quel possesso di stato perfetto di cui prima parlammo, che è definito nell'articolo 172 e che basterebbe da sè a far prova completa della filiazione legittima; ma, come dice il Valette, “ *il possesso d'essere quello stesso figlio che è* “ *designato nell'atto di nascita* „. — Così, se anche quel figlio non sia mai stato trattato come suo dal padre, se sia stato allevato fuori della famiglia, lontano dai suoi parenti, ma sia stato costantemente e notoriamente riconosciuto come quello di cui nel luogo stesso era stato ricevuto l'atto di nascita indicandolo come nato da una donna maritata, questi fatti di possesso saranno suffi-

cienti per ritenerne constatata l'identità del figlio; sicchè, congiunta questa prova a quella della maternità risultante dall'atto di nascita, se ne avrà in complesso provata pure perfettamente la filiazione legittima (1).

Quando poi il figlio non potesse allegare nemmeno questi fatti di possesso, sarebbe tuttavia ammissibile a provare l'identità sua col mezzo di testimoni. Su di ciò non può esservi incertezza; giacchè, se la testimonianza è ammessa, sotto certe condizioni, come prova della filiazione legittima, quand'anche manchino affatto e titolo e possesso di stato, molto più deve essere adducibile quando vi sia *il titolo*, e si tratti solo di *completare la prova della filiazione materna*, dimostrando l'identità del figlio. — Il solo dubbio possibile riguarderebbe l'essere o no necessario in questo caso particolare, come in quello nel quale mancassero titolo e possesso, e la testimonianza fosse addotta come solo mezzo di prova, che essa fosse appoggiata ad un *principio di prova per iscritto od a presunzioni ed indizi risultanti da fatti già certi ed abbastanza gravi per determinare l'ammissione della prova testimoniale* (art. 174, al^{a}., cod. civile). Ed a conforto dell'opinione affermativa potrebbesi anche allegare la disposizione dell'articolo 190, che in materia bensì di *filiazione naturale*, ma trattandosi ugualmente di *provare l'identità del figlio*, esclude espressamente la prova per testimoni, *quando non vi sia già un principio di prova per iscritto, o quando non vi siano presunzioni ed indizi risultanti da fatti già certi ed abbastanza gravi per determinarne l'ammissione.*

Pure la dottrina è concorde nel rigettare gli argomenti che potrebbero dedursi dalle citate disposizioni, e nel ritenere che la prova della identità del figlio, per ciò che riguarda la filiazione legittima, possa essere somministrata col mezzo dei testimoni anche senza l'appoggio

---

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, cap. I, sezione II, § 1, n. 1, oss. I; Demolombe, t. V, n. 201.

di principii di prova per iscritto nè di presunzioni ed indizi gravi. E veramente nè l'una nè l'altra di quelle disposizioni può porgere argomenti sufficienti in contrario.

L'articolo 174 suppone la *mancanza dell'atto di nascita*, mentre al contrario supponiamo ora che il figlio produca l'atto di sua nascita per appoggiarvi la prova della filiazione legittima che invoca, e solo a complemento di questa prova gli sia necessario dimostrare quella identità che gli venga contestata. Si dirà forse che debbasi considerare come caso di *mancanza di titolo* pel reclamante, questo in cui si suppone *non essere accertato ancora se l'atto di nascita ch'egli pretende suo gli appartenga realmente?* Ma la risposta è pronta e facile. Il reclamante ha veramente *un titolo; col quale dimostra completamente la maternità* della donna maritata da cui si dice nato. Questo titolo è fuor di dubbio un mezzo di prova della invocata filiazione legittima, e non cesserebbe di esserlo fuorchè quando dalla parte avversaria si provasse avvenuta la morte di quel figlio che dall'atto di nascita prodotto risultava essere nato da quella donna. La *prova della filiazione* non è tuttavia completa, occorrendo di dover dimostrare ciò che è contestato, e che non può risultare dall'atto di nascita, cioè l'identità del figlio. Ma nondimeno non si verifica certamente quella *mancanza dell'atto di nascita*, che secondo l'articolo 174, non lascia luogo ad ammettere la prova per testimoni, se non quando sussistano principii di prova per iscritto o presunzioni ed indizi gravi. Questo articolo non contempla veramente altro caso fuor di quello in cui, non essendovi atto di nascita nè possesso di stato, *manchi assolutamente la prova della filiazione materna.* Ed allora il voler far risultare di essa col mezzo della *sola prova testimoniale* sarebbe invero gravemente pericoloso; mentre non può dirsi altrettanto del caso in cui l'atto di nascita esista e provi la *maternità* invocata dal figlio, al quale manchi soltanto di completare la *prova della filiazione* propria dimostrando la

contestata sua identità. D'altra parte, anche nel senso dell'articolo 174, la produzione dell'atto di nascita, non neutralizzata da quella di un altro atto che dimostrasse la morte di quel figlio che la donna maritata aveva dato alla luce, potrebbe considerarsi come costituente una di quelle *presunzioni gravi* che rendono ammissibile la prova testimoniale.

Quanto poi all'argomento che si volesse dedurre dall'articolo 190, è troppo evidente la sua inefficacia. Trattasi in esso della *filiazione naturale* riguardata dalla legge con isfavore, e per la cui prova dovevasi quindi usare maggior rigore nel determinarne i mezzi ammissibili. D'altra parte il permettere le *indagini della maternità* sul fondamento della sola prova testimoniale, sarebbe stato un compromettere gravissimamente i più importanti interessi morali ed anche pecuniari delle persone contro cui tali ricerche si promuovessero. Questi pericoli invece non sussistono, od almeno sono assai minori, allorchè chi invoca uno stato di *filiazione legittima* si presenta già con un titolo che si suppone inapplicabile a qualunque altra persona vivente o morta (1).

§ II. — *Della prova della filiazione legittima col mezzo del possesso di stato; e degli effetti della conformità di questa prova con quella risultante dall'atto di nascita.*

Sommario. — 72. Principii generali intorno alla prova della filiazione legittima, desumibile dal possesso di stato. — 72 *bis*, I. Se sia divisibile la prova del possesso dello stato di figlio legittimo, rispetto alla filiazione materna ed alla filiazione paterna. — 72 *bis*, II. Del possesso dello stato di figlio legittimo in relazione alla famiglia di ciascuno dei genitori. — 72 *bis*, III. Caratteri che devono riscontrarsi nei fatti costituenti il possesso dello stato di figlio legittimo. — 72 *bis*, IV. Effetti speciali della

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, V. *Légitimité*, sez. 3, § 3; Duranton, t. III, n. 123; Zachariae, t. II, § 547, n° 4, 5, 2ª ediz., Bruxelles; Aubry et Rau, t. VI, § 544, n° 6 e 7, 4ª edizione; Valette sur Proudhon, loc. cit.; Demolombe, t. V, n. 203; Laurent, t. III, n. 399-402, pag. 500-504; Borsari, *Comm.*, art. 170, pag. 649.

prova risultante dal possesso dello stato di figlio legittimo. — 73. Necessità che manchi il titolo consistente nell'atto di nascita, per dar luogo alla prova della filiazione legittima mediante il possesso di stato. — 74. Quali siano i fatti costituenti il possesso di stato. — 74 *bis*. Come i fatti predetti possano essere provati, e come si possa far luogo a prova contraria. — 75. Continuità necessaria a verificarsi nel possesso di stato; limiti e conseguenze di questo suo carattere. — 76. Effetti della prova, che con questo mezzo si somministri, della filiazione legittima. — 77. Principii generali intorno agli effetti della prova risultante dal titolo e dal possesso, che siano conformi. — 77 *bis*, I. Condizioni necessarie perchè si renda applicabile la disposizione dell'art. 173 cod. civile. — 77 *bis*, II. In quali casi sia per eccezione ammissibile la prova testimoniale contro i risultamenti conformi dell'atto di nascita e del possesso dello stato di filiazione legittima. — 77 *bis*, III. A quali azioni contrarie alla legittimità della filiazione possa esservi luogo, non ostante la conformità dell'atto di nascita col possesso di stato.

72. Quando chi invoca lo stato di filiazione legittima non possa addurne la prova principale, che dovrebbe consistere, come vedemmo, nell'atto di nascita, la legge gli concede tuttavia un altro mezzo supplementare, determinato dalla disposizione dell'articolo 171, così espresso:

" In mancanza del *titolo*, basta il *possesso continuo dello* " *stato di figlio legittimo* ".

Questo possesso è dunque, per dichiarazione della legge, sufficiente da sè a formar prova completa della filiazione legittima, quantunque sia considerato soltanto sussidiariamente, pel caso di mancanza della prova principale, che dovrebb'essere *il titolo*, ossia l'atto di nascita.

Le ragioni per le quali dovevasi ammettere come bastante a provare la filiazione legittima il possesso di stato, furono già dimostrate altra volta, e sarebbe superfluo il ripeterle (1); ma bene importa di determinare con precisione quali siano gli elementi costitutivi di questo speciale mezzo di prova. Esso risulta — come ci dice l'art. 172 cod. civ. — " da una serie di fatti che nel loro complesso valgano a " dimostrare *le relazioni di filiazione e di parentela fra un* " *individuo e la famiglia a cui egli pretende* di appartenere.

(1) V. sopra. n. 66, pag. 513.

“ I principali fra questi fatti sono:

“ Che l’individuo *abbia sempre portato il cognome del* “ *padre* ch’egli pretende di avere;

“ Che *il padre lo abbia trattato come suo figlio*, ed abbia “ provveduto *in questa qualità* al mantenimento, all’educa- “ zione ed al collocamento di lui;

“ Che sia stato *costantemente riconosciuto come tale nella* “ *società;*

“ Che sia stato *riconosciuto in tale qualità dalla famiglia* „.

La semplice lettura di questa disposizione basta a rivelarne, sotto un aspetto generale, i principii direttivi.

Non si tratta qui veramente di provare *in modo diretto* che il reclamante sia figlio dei coniugi ch’egli pretende di avere per genitori; siccome avviene rispetto all’atto di nascita, che forma prova positiva e diretta della *filiazione materna*, e che col sussidio della presunzione di legge che accerta il tempo in cui può ritenersi avvenuto il concepimento del figlio, col sussidio dell’atto di matrimonio che prova lo stato coniugale della madre a quel tempo, col sussidio in fine dell’altra presunzione legale che considera il marito come padre del figlio concepito durante il matrimonio, viene a presentare completa la dimostrazione della legittimità del figlio stesso. E parimente, quando si provi la filiazione legittima col mezzo dei testimoni, forma fuor di dubbio oggetto *diretto* della prova medesima la *filiazione materna;* dimostrata la quale, ne risulta eziandio indirettamente la *filiazione paterna*, per virtù della presunzione recata dall’art. 159, salvo che questa presunzione ammette allora *prova contraria*, anche senza ricorrere al mezzo del *disconoscimento di paternità* (art. 176 cod. civ.). Quando invece si tratta del *possesso di stato*, i fatti che formano oggetto vero e diretto della prova non risguardano propriamente e immediatamente la *filiazione*, ma la *fanno presupporre;* come chiaramente apparisce dalla definizione che lo stesso art. 172 ci dà del possesso di stato, dicendo ch’esso “ risulta da una serie *di fatti che nel loro complesso*

“ *valgono a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela* “ fra un individuo e la famiglia a cui egli pretende di “ appartenere „.

In questo senso un celebre autore francese ha potuto dire che il figlio, il quale, in mancanza del titolo, voglia dimostrare il proprio stato legittimo col mezzo del possesso “ in vece di provare d'*essere figlio dei tali coniugi*, basta “ che provi d'*essere considerato come tale* „ (1); sebbene, se si accettasse questa proposizione nel suo significato letterale, essa sarebbe erronea sotto un duplice aspetto. Primieramente lo scopo a cui la prova intende non è già solo *l'opinione*, ma *la positiva esistenza della legittimità di stato*. In secondo luogo poi i fatti stessi che si debbono *direttamente* provare non si limitano all'essere stato un individuo riconosciuto nella famiglia e nella società come figlio legittimo di quei genitori dai quali egli pretende di derivare, ma comprendono anche l'effettivo godimento dei vantaggi e il reale esercizio dei diritti appartenenti allo stato di legittimità invocato. Il vero sta unicamente in ciò, che *il fatto della filiazione non forma qui oggetto di prova diretta;* ma questa deve rivolgersi ad altri fatti, dai quali quello di filiazione traesi soltanto *per induzione*. Ciò costituisce veramente una differenza rilevantissima tra questo, del *possesso di stato*, e gli altri mezzi di prova della filiazione legittima. E questa prima differenza ne trae poi seco necessariamente anche un'altra; che cioè, mentre l'atto di nascita deve provare direttamente la *filiazione materna*, ma è tuttavia necessario il dimostrare con altri mezzi, quando sia contestata, l'*identità* del figlio, e mentre provandosi la filiazione legittima col mezzo dei testimoni, è indispensabile ch'essi accertino tanto che la donna di cui è invocata la maternità abbia partorito un figlio, quanto che il reclamante sia identicamente quello da lei dato alla luce; all'opposto, quanto al possesso di stato, non può

(1) V. Marcadé, art. 320-321, § I, t. II, n. 29.

occorrere di provare distintamente nè il parto nè l'identità. Di vero, nè l'uno nè l'altra si comprende tra i fatti che l'art. 172 accenna doversi provare specificamente pel possesso di stato. E se i giudici, nel prudente apprezzamento ch'è loro affidato, riconoscano i fatti dimostrati come sufficienti a costituire un tale possesso, ciò non può essere se non perchè (come dice testualmente l'articolo 172 nel primo paragrafo) i fatti medesimi " nel loro complesso " *valgano a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela* " fra quell'individuo e la famiglia a cui egli pretende di " appartenere „. Se dunque le *relazioni di filiazione* si suppongono già dimostrate dal complesso dei fatti costituenti il possesso di stato, sarebbe illogico il richiedere che la *filiazione materna* fosse provata a parte, nonostante la fatta dimostrazione di quel possesso. Per quanto poi concerne particolarmente *l'identità* della persona, è certo che il possesso stesso di stato ne somministra, a favore del reclamante che può fondatamente allegarlo, la prova più manifesta e positiva.

Ma d'altra parte non è da credere che la prova della *filiazione materna* sia estranea a quella che, per dimostrare lo stato legittimo, si trae dal possesso di tale stato. La *maternità* non ha bisogno d'essere *provata a parte*, con altri mezzi fuori di quelli che consistono nei fatti costituenti il possesso di stato; ma questi fatti, dai quali si trae induttivamente la dimostrazione dei rapporti di filiazione, devono necessariamente essere relativi ad essa, tanto considerandola dal lato della madre quanto del padre. Lo dicono i termini stessi della legge; la quale parla di " una serie di fatti che nel loro complesso *valgano a dimostrare le relazioni di filiazione* „ e non distingue tra filiazione materna e paterna (d. art. 172). Lo conferma la ragione; imperocchè la prova che qui si adduce, in mancanza del titolo, è *il possesso continuo dello stato di figlio legittimo* (art. 171 cod. civ.); e questo stato non potendo sussistere se non in favore di chi proceda da padre e da

madre congiunti in matrimonio, anche il possesso deve dunque di necessità riferirsi, nei fatti che lo costituiscono, tanto alla filiazione materna quanto alla paterna. È ben vero che l'articolo 172, enumerando i principali tra i fatti da cui deve risultare il possesso di stato, non ne prevede alcuno che risguardi direttamente la madre; mentre vuole che il figlio provi *d'aver sempre portato il cognome del padre e d'essere stato da lui trattato come suo figlio*. Ma da questo non si può dedurre che *la sola paternità* formi oggetto di quella prova d'induzione che si trae dal possesso di stato. L'argomento che può derivarsi *dal cognome* che il figlio porti, non è riferibile, naturalmente, che *al cognome del padre;* perchè questo cognome è assunto dalla moglie stessa di lui (art. 131 cod. civ.) ed è trasmesso ai figli legittimi. L'altra presunzione, che può fondarsi sul trattamento che il figlio abbia avuto come legittimo, riguarda anch'essa principalmente il fatto del padre, essendo a lui che spetta di provvedere al mantenimento, all'educazione ed al collocamento del figlio, quantunque anche alla madre incomba l'onere di *concorrere nelle spese* relative a tale mantenimento ed educazione proporzionatamente alle sostanze ch'ella abbia, computati però nel contributo della madre stessa anche i frutti della dote (art. 138 codice civile). Ciò vale ad evidente giustificazione dell'essere stati considerati dalla legge come riferibili direttamente e principalmente al solo padre questi fatti, annoverati tra quelli che costituiscono il possesso di stato. Ma ciò non toglie che questi fatti stessi debbano contenere, almeno implicitamente, un riferimento anche alla filiazione materna, e che poi tutti gli altri, contemplati nell'articolo 172, debbano comprendere, ad un tempo e complessivamente, le relazioni di filiazione tanto materna quanto paterna. L'aver portato sempre il cognome del padre, l'avere questi provveduto al mantenimento ed all'educazione del figlio, in tale qualità, non sono veramente di per sè dimostrazioni della maternità legittima; poichè potrebbero verificarsi

anche rispetto ad un figlio che il marito avesse avuto da un'altra donna che non fosse la moglie sua, prima del matrimonio con questa contratto (art. 185, 186 cod. civ.): ma questi fatti non sono considerati dalla legge isolatamente, bensì come congiunti agli altri che *il figlio sia stato riconosciuto come legittimo anche dalla famiglia e dalla società* (d. art. 172 cod. civ.); e ciò implica necessariamente, come osservammo, le relazioni tanto della filiazione materna quanto della paterna, giacchè soltanto l'essere nato da padre e madre congiunti in matrimonio attribuisce lo stato di figlio legittimo. È dunque dimostrato che dal possesso di stato, secondo lo spirito dell'articolo 172, deve risultare provata per induzione anche la *filiazione materna;* la quale cogli altri mezzi, dell'atto di nascita e della testimonianza, sarebbe provata direttamente. E di questo principio si ha poi una conseguenza pratica rilevantissima: che cioè mentre, come vedremo, è rimesso alla prudenza dei giudici il ritenere dimostrato il possesso di stato, quand'anche non si verifichi il concorso completo di tutti i fatti speciali contemplati nell'articolo 172, non potrebbero però ritenersi come sufficienti quelli dell'avere, *chi invoca* lo stato *legittimo*, *portato sempre il cognome del padre*, e dell'*essere stato da lui trattato come suo figlio*, se dal complesso delle circostanze non risultasse che in tutto ciò egli si fosse contenuto e fosse stato trattato dal padre come *figlio legittimo*, non già soltanto come *figlio naturale.*

L'essere necessario nella prova per possesso di stato, come si ha dal testo stesso dell'articolo 172, che ne risulti addimostrata anche la *filiazione paterna*, costituisce un altro punto di *differenza* tra questo e gli altri mezzi di prova della filiazione legittima; imperciocchè la prova della maternità, risultante dall'atto di nascita del figlio od anche dalla testimonianza, trae seco necessariamente senza bisogno d'altra dimostrazione, in virtù della presunzione stabilita dall'art. 159 cod. civ., la prova eziandio

della *paternità legittima* del marito (1). Ed anche di questo è facile il rendersi ragione; essendo evidente che quando la maternità è accertata *direttamente*, come avviene con l'atto di nascita o colla dichiarazione dei testimoni, è razionale che si applichi senz'altro la presunzione di legge che reputa *il marito padre del figlio concepito durante il matrimonio;* mentre quando non vi ha prova diretta nemmeno della filiazione materna, ma tutto si riduce ad un complesso di fatti da cui debbono *risultare induttivamente le relazioni di filiazione legittima*, è altrettanto naturale che queste relazioni debbono abbracciare ad un tempo sì la filiazione paterna che la materna.

72 *bis*, I. Rimane tuttavia un dubbio possibile: se cioè la prova della filiazione materna e quella della filiazione paterna, che di regola debbono risultare complessivamente dal possesso di stato, siano però suscettibili di *divisione;* per modo che il possesso medesimo, relativo soltanto ad uno dei genitori, assicuri al figlio lo stato di legittimità verso quel genitore, sebbene non glielo attribuisca rispetto all'altro. L'opinione affermativa ha qualche appoggio nella dottrina (2), ma è contraddetta dal maggior numero degli altri autori (3). Si afferma dai primi opinanti che " *gli effetti del possesso di stato*, anche in ciò che " riguarda la filiazione legittima, *sono perfettamente divi-* " *sibili* ". Ma forse si confonde, in questa asserzione, un principio vero con un altro che non consegue punto da quello. È vero che, *nonostante l'indivisibilità dello stato personale, non sono altrettanto indivisibili gli effetti di esso;* e di questo principio abbiamo notate alcune importanti

---

(1) V. sopra, n. 66, pag. 509.

(2) V. Bonnier, *Théorie des preuves*, n. 128, 141; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Comm. du code civil*, t. I, n. 456.

(3) V. Aubry et Rau, t. VI, § 544, n[a] 14, 4[a] ediz.; Marcadé, art. 321, § 1, t. II, n. 29; Demolombe, t. V, n. 211; Laurent, t. III, n. 404; Borsari, *Comm.*, art. 170-172, § 427, III, C.

conseguenze per ciò che concerne gli effetti della *cosa giudicata* in materia di *azioni di stato*. Ciò però non ha veramente nulla che fare coll'argomento attuale; in cui si tratta di vedere, non già se siano divisibili o indivisibili *gli effetti dello stato d'una persona*, ma se divisibili siano *gli elementi della prova che di tale stato si voglia somministrare col mezzo del possesso*. Ora è manifesto che a fronte della legge, la quale definisce il possesso di stato come *risultante da una serie di fatti che nel loro complesso valgano a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela fra un individuo e la famiglia a cui egli pretende di appartenere* (art. 172, § 1, cod. civ.), non è ammissibile che sia lecito scindere questa serie di fatti, e considerare come sufficienti (sia pure a fronte d'un solo dei genitori) quelli che non dimostrino nel loro complesso le *relazioni di filiazione* tanto paterna quanto materna, nè le *relazioni di parentela* tra chi invoca lo stato legittimo *e la famiglia* a cui egli pretende di appartenere, ma dimostrino tutt'al più le relazioni tra questo individuo e *il padre solo, o la madre sola*, da cui egli pretende di derivare. Ciò sarebbe direttamente contrario al testo, non meno che allo spirito della legge (1).

Si dice " che se una donna, *in assenza del marito e all'insaputa di lui*, tratti un figlio come suo *legittimo*, benchè " non possa questi essere di fatto legittimo se non abbia " per padre il marito, *il riconoscimento tacito che risulterà* " *dal contegno di quella donna assicurerà a fronte di lei, ma* " *di lei sola, lo stato del figlio* „ (2). Avvi in questa argomentazione un doppio errore; imperocchè in primo luogo un *riconoscimento* anche espresso non potrebbe valere da solo *come prova di filiazione legittima* neppure *materna* soltanto, molto meno poi *il riconoscimento tacito della madre*

---

(1) V. sentenze, 24 agosto 1874 della Corte d'appello di Firenze (*Ann.*, VIII, 2, 433); di Venezia, 15 giugno 1891 (*Legge*, XXXI, 2, 778), e decisione della Corte di cass. di Firenze, 29 gennaio 1892 (*Mon. M.*, XXXIII, 125).

(2) V. Bonnier, l. c.

potrebbe provare la *filiazione paterna;* e secondariamente è inconcepibile che una donna tratti un individuo come suo *figlio legittimo*, senza che i fatti, dai quali questo trattamento si vorrebbe far risultare, abbraccino anche le relazioni di filiazione paterna; non potendo essere trattato *come figlio legittimo* chi non sia trattato *come figlio di due coniugi.* Abbiamo già osservato che non basterebbe l'avere taluno portato sempre il cognome del padre, e l'essere stato da lui trattato come suo figlio, se non risultasse dal complesso delle circostanze ch'egli fosse veramente stato trattato come *figlio legittimo*, cioè come nato dalla donna congiunta al padre stesso col vincolo matrimoniale. E parimente non può bastare che taluno sia stato trattato da una donna maritata come suo figlio, se non sia stato trattato simultaneamente come *figlio del marito.* In difetto di ciò egli *non avrà possesso di stato legittimo nemmeno verso la madre;* mentre nel caso opposto avrebbe la prova della filiazione legittima *a fronte di ambidue i genitori.* Così fu osservato opportunamente che: " Un figlio non potrebbe, scindendo la prova della sua " filiazione materna e quella della sua filiazione paterna, " limitarsi a giustificare il proprio possesso di stato quanto " alla madre ch'egli reclama, e porsi poi, relativamente al " marito di quest'ultima, sotto la protezione della massima: " *Pater is est quem nuptiae demonstrant;* la qual massima " non si applica fuorchè al caso in cui la filiazione ma- " terna sia direttamente stabilita col mezzo della prova del " parto „ (1). Può darsi per altro che sussista un possesso di stato completo, così per la filiazione paterna come per la materna, senza che i fatti costituenti il possesso medesimo possano riguardare personalmente l'uno o l'altro dei due genitori. Per esempio, se il padre sia morto prima della nascita del figlio, o se la madre sia morta nell'atto del parto, basterà che nel primo caso il figlio, tenuto come suo dalla madre, sia stato *riconosciuto come legittimo dalla*

---

(1) V. Zachariae, t. II, § 547 nª 14, 2ª ediz., Bruxelles.

famiglia anche paterna e nella società, e che nel secondo caso il figlio, trattato come proprio dal padre e portante il suo cognome, sia stato eziandio *riconosciuto sempre per legittimo dalla famiglia anche materna*, e pubblicamente da tutti; sebbene sia in tali casi impossibile l'addurre in proposito *fatti personali* d'uno dei genitori, perchè defunto. È manifesto però che nemmeno in queste ipotesi si avrebbe veramente una *divisione del possesso di stato* rispetto alla filiazione paterna e materna, ma per amendue si avrebbe simultaneamente un *possesso completo*, sebbene costituito, per necessità delle cose, da elementi che sarebbero in parte meno estesi che d'ordinario.

Un altro fra i sostenitori dell'opinione contrastata dai più ha addotto l'argomento seguente: *Il possesso di stato* " *non essendo altro che un riconoscimento tacito*, la confes- " sione d'uno dei coniugi non deve pregiudicare all'altro. " Egli è di questo riconoscimento lo stesso che dell'auto- " rità della cosa giudicata; chè l'uno non è indivisibile " più di quello che l'altra non lo sia; e come la cosa " giudicata non ha effetto se non fra coloro che furono " parti in causa, così parimente l'effetto del possesso di " stato non sussiste che relativamente a quello dei coniugi " dal quale emana „ (1). Ma in primo luogo la base del ragionamento sembra difettosa; perchè, se possono ravvisarsi gli estremi del *riconoscimento tacito* in uno dei fatti che formano, secondo l'art. 172, gli elementi del possesso di stato — nel fatto cioè che " il padre abbia trattato come " suo il figlio, ed abbia provveduto in questa qualità al " mantenimento, all'educazione ed al collocamento di lui „ — non è vero d'altra parte che *nulla più di un riconoscimento tacito* siavi nel possesso di stato; il quale non risulta dal solo fatto che " *il padre abbia trattato il figlio come suo* „ ma *da un complesso di fatti dimostranti le relazioni di filiazione e di parentela fra un individuo e la famiglia a cui egli*

(1) V. Du Caurroy, l. c.

pretende di appartenere. Nè, in secondo luogo, crediamo potersi nella presente quistione attribuire valore all'invocata analogia dei principii relativi all'autorità della cosa giudicata. Certamente, come l'autorità di essa ha luogo soltanto fra coloro che furono parti in causa (art. 1351 cod. civ.), così parimente un contratto, od un atto qualsiasi produttivo di effetti civili, non pregiudica nè giova a terze persone (arg. art. 1130 cod. civ.): " *Res inter alios acta vel judicata tertiis non nocet, nec prodest* "; e con questa considerazione potrebbesi rispondere efficacemente a chi pretendesse che l'essere stato trattato un figlio come suo legittimo da una donna bastasse per attribuirgli il possesso di tale stato anche a fronte del marito di lei. Ma l'assunto dell'opinione contraddetta dal *Du Caurroy* è tutt'altro, anzi è l'opposto; sostenendosi che il trattamento fatto dalla madre al figlio non costituisce, neppure a fronte di lei medesima, un possesso dello stato di filiazione legittima, perchè questa non può risultare, secondo la legge, se non *da un complesso di fatti valevoli a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela legittima verso la famiglia tanto paterna quanto materna.*

72 *bis*, II. Parlammo finora di una parte sola degli elementi costitutivi della prova di filiazione legittima col mezzo del possesso di stato, di quella parte cioè che consiste nei fatti dimostranti *le relazioni di filiazione tra chi invoca lo stato legittimo e il padre e la madre da cui egli afferma di derivare.* Ma vedemmo che l'articolo 172 non si limita a questo; poichè esige che nella serie dei fatti, dai quali si alleghi risultare il possesso di stato, si comprendano anche quelli che *valgano a dimostrare le relazioni di parentela tra quell'individuo e la famiglia a cui egli pretende di appartenere.* Ed è questa pure un'altra notevole differenza tra il possesso di stato e gli altri due mezzi di prova della filiazione legittima; dappoichè in questi ultimi non formano veramente oggetto particolare di prova i *rap-*

porti di parentela; i quali semplicemente costituiscono una conseguenza necessaria dell'essere dimostrata la *filiazione legittima;* derivando senz'altro da questa il vincolo di parentela, pure legittima, tra il figlio e coloro che appartengono alla famiglia di ciascuno dei genitori da cui è dimostrato ch'egli procede. Ma ciò vale pei casi nei quali la prova della filiazione legittima è somministrata *direttamente*, col mezzo dell'atto di nascita o della testimonianza. Pei casi invece in cui la prova stessa non si ottiene che *per induzione*, tratta dai fatti costituenti il possesso di stato, non potevasi ommettere di considerare come, appunto perchè non si avrebbe provata la filiazione legittima fuorchè *in modo indiretto*, fosse necessario che la prova medesima si estendesse a tutti i rapporti giuridici derivanti da quella filiazione; e come fra tali rapporti annoverandosi pure quelli di *parentela* colla famiglia legittima di ciascuno dei genitori, dovessero quindi anch'essi formare oggetto particolare di questa prova d'induzione. È per ciò che nel primo paragrafo dell'articolo 172 vedesi dichiarato come principio fondamentale che i fatti, dal cui complesso si voglia far risultare il possesso di stato, debbano *valere a dimostrare, non solamente le relazioni di filiazione, ma eziandio e distintamente quelle di parentela tra chi invoca lo stato legittimo e la famiglia a cui egli pretende di appartenere;* e che tra i principali di que' fatti viene indicato specialmente *l'essere, il figlio, stato riconosciuto come legittimo dalla famiglia.* Ed è poi manifesto quanto grave peso debba aggiungere questa circostanza alla induzione che si vuol trarre dal possesso di stato, per provare la *filiazione legittima;* mentre i soli fatti concernenti le relazioni immediate di filiazione, e più specialmente quelli indicati nello articolo 172, dell'avere il figlio portato sempre il cognome del padre e dell'essere stato da lui, in tale qualità, mantenuto, educato e provveduto anche di collocamento, potrebbero spiegarsi eziandio col supporre una filiazione semplicemente *naturale.*

72 *bis*, III. Dalle osservazioni che fin qui abbiamo fatte intorno agli elementi costitutivi di questo speciale mezzo di prova, che si trae dal possesso di stato della filiazione legittima, è agevole il dedurre quali siano i sommi e generali caratteri che, giusta il testo e lo spirito della legge, devono riscontrarsi nei fatti costituenti il possesso medesimo.

È necessario, in primo luogo, che chi invoca lo stato di filiazione legittima ne abbia realmente goduti i vantaggi ed esercitati i diritti; poichè questo è il carattere fondamentale del possesso, che consiste appunto nell'esercizio del diritto. Ed è sotto questo aspetto che, tra i fatti costitutivi del possesso di stato, l'articolo 172 considera quelli, dell'avere il figlio *portato sempre il cognome del padre ch'egli pretende di avere, e dell'essere stato trattato come suo dal padre stesso, il quale abbia provveduto, in questa qualità, al mantenimento, all'educazione ed al collocamento di lui.*

Bisogna poi che siavi stato, da parte dei genitori e più specialmente da parte del padre, una specie di *tacito riconoscimento* dello stato legittimo del figlio; tacito riconoscimento che si deduce appunto dall'avere il padre permesso che quegli portasse il suo cognome, e dall'averlo trattato come figlio legittimo, mantenendolo, educandolo, provvedendo a collocarlo.

In terzo luogo si richiede che questa specie di riconoscimento tacito non sia solo da parte dei genitori, ma si estenda anche a tutta la famiglia legittima di ciascuno di loro.

Occorre, per quarta condizione, che, sulla base dei fatti precedenti, anche l'opinione pubblica abbia concorso a considerare il figlio come appartenente legittimamente a quei tali genitori; il che, mentre serve a confermare la verità dei fatti stessi, rafforza mirabilmente la induzione che se ne vuol trarre e completa evidentemente il possesso dello stato di legittimità.

Tutti i fatti costituenti il possesso predetto devono poi

avere un carattere di *pubblicità*. Il che se non è detto formalmente nell'art. 172, risulta però indubbiamente, sia dal contesto di esso sia dai principii generali. Quando infatti quell'articolo richiede che chi pretende d'esser figlio legittimo dei tali genitori “ *sia stato costantemente riconosciuto* “ *come tale nella società* „ si riferisce certamente ad un *fatto pubblico;* il quale non potendo avere fondamento se non negli altri fatti contemplati dalla legge, dell'avere il figlio portato sempre il cognome del padre, dell'essere stato da lui trattato come figlio legittimo, dell'essere stato riconosciuto in tale qualità dalla famiglia, suppone quindi eziandio nei fatti medesimi un somigliante carattere di pubblicità. D'altra parte ciò è anche conforme ai principii fondamentali, da cui è regolato in generale il *possesso;* il quale non può essere considerato come *legittimo*, e quindi atto a produrre effetti civili, se non sia *pubblico*.

In fine è indispensabile ancora che i fatti costituenti il possesso di stato abbiano il carattere della *continuità;* carattere necessario pur esso, secondo i principii comuni, a rendere il possesso *legittimo*, e che poi è richiesto testualmente nell'articolo 171, dove è detto che “ in mancanza “ del titolo basta il *possesso continuo* dello stato di figlio “ legittimo „.

72 *bis*, IV. Qualora gli elementi ed i caratteri fin qui discorsi concorrano a costituire il possesso di stato, è evidente quanto grande debba essere la forza della prova che se ne trae, sebbene essa non valga veramente a dimostrare in modo diretto, ma solo per induzione, la filiazione legittima. Quella forza è tanta, che la prova così somministrata, non solo è riguardata dalla legge come perfetta, ma rende inammissibile *l'azione in disconoscimento di paternità*, che si volesse promuovere per eliminare gli effetti della prova stessa. È questo un ultimo punto di differenza, che già abbiamo avuta occasione di osservare, tra il possesso di stato, e gli altri mezzi di prova della filiazione legittima;

ed è giustificato dalla considerazione che tra gli elementi costitutivi del possesso predetto dev'esservi essenzialmente quello d'una specie di *tacito riconoscimento* da parte del padre, il quale " abbia trattato il figlio come suo, ed abbia " provveduto *in questa qualità*, al mantenimento, all'educa- " zione ed al collocamento di lui ", il che preclude naturalmente l'adito a potere più tardi il padre stesso contraddire al fatto proprio disconoscendo il figlio (1).

Se però non è ammissibile il disconoscimento della paternità per impugnare *gli effetti della prova*, regolarmente somministrata mediante il possesso di stato, ben s'intende non poter essere vietato il combattere talvolta, nei modi che si presentino opportuni, l'allegazione di questo possesso fatta nell'interesse del figlio e la prova stessa che da lui ne venga offerta. La parte avversaria potrebbe infatti, non solo provare in contrario che non sussistesse l'allegato possesso di stato, ma quand'anche fosse questo provato, od i fatti che lo formerebbero non fossero contestati, potrebbe ancora combattere le conseguenze, che normalmente dovrebbero derivarne, della paternità e della maternità legittima, dimostrando che quel possesso fosse stato fallace od usurpato; ovvero che non potesse avere effetto alcuno, perchè si trattasse d'un caso in cui fosse impossibile il riferirsi quel possesso a un vero stato di legittimità del figlio; od anche per altra causa. Qualche più particolare osservazione varrà a dissipare l'oscurità che potesse trovarsi in queste proposizioni.

Non è dubbio, innanzi tutto, che la prova del possesso di stato non esclude la prova contraria. È questo un principio di ragione comune, che non può subire limitazione nel caso speciale di cui parliamo; mentre è solamente quando il figlio abbia in proprio favore *titolo e possesso conformi*, che la legge rende inammissibile ogni prova in contrario (art. 173 cod. civ.). Ciò posto, è altrettanto certo

---

(1) V. sopra, n. 66, pag. 518.

che gli avversari del figlio potrebbero o contestare il valore delle prove prodotte circa i fatti allegati, o somministrare prove contrarie circa i fatti medesimi, od anche stabilire altri fatti, i quali distruggendo l'effetto dei primi impedissero *la dimostrazione del possesso* allegato. Fin qui siamo affatto entro i limiti ordinari del diritto comune. Ma, supposto pure che la dimostrazione del possesso di stato fosse stata realmente e compiutamente fatta nell'interesse del figlio, non sarebbe ancora chiusa ogni via agli avversari di lui, per sottrarsi alle conseguenze giuridiche che da quella dimostrazione si vorrebbero dedurre, quanto alle relazioni di paternità e maternità legittima che ne risulterebbero. Essi potrebbero, per esempio, provare che *non fosse nato mai nessun figlio* dal matrimonio di coloro che chi invoca lo stato legittimo pretende di avere per genitori; ovvero che *i figli avuti da quel matrimonio fossero tutti morti.* Con ciò sarebbe dimostrato che l'allegato possesso di stato legittimo, per quanto perfettamente provato, non sarebbe altro che l'effetto di un *errore* o di una *usurpazione;* e pertanto non sarebbe più possibile il farne derivare le conseguenze giuridiche della maternità e della paternità legittima. In altro caso, gli avversari stessi potrebbero produrre contro il figlio un atto di nascita che attribuisse a lui una filiazione diversa da quella a cui egli pretende; e poichè il possesso di stato non è accolto dalla legge come prova della filiazione fuorchè sussidiariamente, *in mancanza del titolo* (art. 171 cod. civ.), è certo che la produzione del titolo medesimo toglierebbe ogni efficacia al possesso a cui fosse contrario, e che perciò sarebbe con tale produzione dimostrato che, nella specialità del caso, il possesso di stato non potrebbe avere nessun legale effetto (1).

Da ultimo potrebbe anche darsi che si provasse contro

---

(1) V. Proudhon, *Tr. de l'état des personnes*, t. II, pag. 84, 85; Marcadé, art. 321, § II, t. II, n. 30; Aubry et Rau, t. VI, § 544, nº 20 e 21, 4ª edizione; Demolombe, t. V, n. 216; Laurent, t. III, n. 408.

il figlio esser esso *nato prima della celebrazione del matrimonio* tra coloro ch'egli dice suoi genitori. E poichè la filiazione non è legittima fuorchè *per la prole concepita od almeno nata durante il matrimonio*, è chiaro che nel supposto caso *il possesso di stato*, quantunque pienamente provato, non potrebbe servire a dimostrare le *relazioni di filiazione legittima*. È ben vero che nei fatti addotti potrebbersi avere gli elementi d'un riconoscimento da parte dei genitori, e che un loro riconoscimento, anche *posteriore al matrimonio* tra essi contratto, può, secondo la nostra legge, dar luogo a legittimazione (art. 194, 197 cod. civ.). Ma questi fatti dovrebbero allora essere addotti e giudicati come producenti un *riconoscimento di filiazione naturale*, non come costitutivi d'un possesso di stato, sufficiente da sè a formare piena prova d'una *filiazione legittima d'origine* (1).

73. Da quanto abbiam veduto nel numero precedente, e dal testo stesso dell'art. 171, che fa della prova del possesso di stato un mezzo puramente *sussidiario*, pel caso in cui manchi la prova principale, che dovrebbe essere *l'atto di nascita*, risulta evidente la condizione fondamentale, senza cui sarebbe assolutamente inammissibile la domanda di provare il possesso medesimo, per farne risultare la dimostrazione della filiazione legittima. “ *In mancanza di questo titolo* „ — cioè “ *dell'atto di nascita iscritto sui registri dello stato civile* „ — basta il “ possesso continuo dello stato di figlio legittimo „: così il testo del citato articolo. Ogni qualvolta pertanto manchi il titolo, questa prova sussidiaria è ammissibile. La generalità della disposizione della legge impedisce di fare in proposito veruna distinzione, intorno alla causa dalla quale proceda la mancanza predetta. Non sarebbe dunque applicabile per analogia la disposizione dell'art. 364, che, mancando il titolo da cui dovrebbe essere comprovata una nascita, un matrimonio

(1) V. Demolombe, t. V, n. 217.

od una morte, ammette la prova supplementare per documenti, per iscritture o per testimoni solamente “ *quando* “ *non si siano tenuti i registri, o siansi distrutti o smarriti* “ *in tutto od in parte, o vi sia stata interruzione nella tenuta* “ *dei medesimi* „. D'altra parte la ragione della differenza è evidente. Trattandosi, in generale, delle prove dello stato delle persone, non sarebbesi potuto ammettere che *la semplice ommissione della iscrizione d'un atto* bastasse per autorizzare a sostituire altri mezzi sussidiari di prova, a quello che normalmente la legge vuole che si tragga dai registri dello stato civile; perchè altrimenti questa regola sarebbe divenuta illusoria; e tanto più perchè la mancanza d'iscrizione d'un determinato atto, sui registri a ciò destinati, dipende generalmente da colpa di chi più tardi vorrebbe prevalersi di mezzi di prova diversi per constatare que' fatti che nei registri pubblici avrebbe dovuto consegnare. Così è giustificato che l'ammissione supplementare della prova delle nascite, dei matrimoni e delle morti, per documenti, scritture o testimoni, sia limitata a quei soli casi in cui risulti che *per cause generali e pubbliche*, quali sono quelle della mancanza, distruzione, smarrimento o interruzione dei registri, non possa somministrarsi la prova col mezzo normale; e sia così resa verosimile l'allegazione delle parti, che i fatti da esse affermati siansi realmente verificati, ed avrebber dovuto apparire appunto dai registri mancanti, smarriti, distrutti o interrotti. Ma dal rigore di questi principii era naturale che si avesse a declinare, allorchè si trattasse, non di provare semplicemente *il fatto della nascita, ma lo stato di filiazione legittima.* Doveva allora preponderare la considerazione del favore dovuto alla legittimità, e dei danni incommensurabili che nell'ordine sì morale che materiale deriverebbero dall'escludere qualunque altro mezzo di prova, fuor del normale dell'atto di nascita, quando non si provasse la mancanza, o la distruzione, o lo smarrimento, o l'interruzione dei registri. La stessa considerazione principale che diede motivo a

somigliante esclusione nella disposizione generale dell'articolo 364, non era applicabile a questa specialità; non potendo certamente mai imputarsi a colpa del figlio, che vorrebbe dimostrare il proprio stato legittimo, la mancanza del *titolo* con cui dovrebbe normalmente provarlo. Esistano pure completamente e senza interruzioni i registri dello stato civile, e in essi siasi ommessa l'iscrizione di quello speciale atto di nascita, per negligenza o per frode di chi avrebbe dovuto farne la denunzia. Sarebbe giusto perciò che al figlio fosse proibito qualunque altro mezzo di prova del proprio stato legittimo, e principalmente quello, tanto naturale e potente, del *possesso continuo di tale stato?* Più ancora, può darsi eziandio che l'atto di nascita sia stato regolarmente iscritto nei pubblici registri, ma il figlio che dovrebbe prevalersene, ignori se ed in qual comune sia esso stato ricevuto. Come impedirgli di ricorrere ad altro mezzo sussidiario di prova? Queste considerazioni giustificano adunque che non siasi fatta dalla legge veruna distinzione, che siasi supposta soltanto la *mancanza del titolo*, da qualunque causa poi essa proceda. Da ciò segue che, non solo non è necessario il provare la mancanza, o la distruzione, o lo smarrimento, o l'interruzione dei registri in cui l'atto di nascita dovrebbe trovarsi iscritto; non solo basterebbe la omissione particolare, e per qualunque cagione avvenuta, di quell'unico atto; ma basterebbe pur anche che il figlio chiedente di provare il proprio stato legittimo ignorasse in qual comune la sua nascita fosse avvenuta ed a quale uffizio dovesse quindi ricorrere. Per parlare più esattamente, il figlio non è neppure tenuto ad allegare nessuna causa speciale che gl'impedisca di produrre il proprio atto di nascita; poichè, quale che si possa essere questa causa, gli dà pur sempre diritto ad offrire la prova supplementare del possesso di stato. Non è tenuto a *provare la mancanza del titolo*, non tanto perchè questa prova dovrebbe versare sulla *negazione d'un fatto*, ma perchè la stessa mancanza di produzione dell'atto di

nascita, che sarebbe il mezzo più ovvio, più facile e più sicuro di provare la legittimità del proprio stato, *fa presumere naturalmente che quell'atto manchi*, od almeno che il figlio non sappia se e dove sia stato ricevuto. E infatti la legge ammette il figlio a provare il proprio stato legittimo col possesso, *in mancanza del titolo*, cioè quando il titolo non sia prodotto. Che se poi mai l'atto di nascita fosse veramente iscritto nei registri, e provasse uno stato diverso da quello che il figlio vorrebbe dimostrare col mezzo del possesso, spetterebbe alla parte avversaria il produrre quel titolo, che allora toglierebbe ogni efficacia al possesso che gli fosse contrario. Tutte queste massime erano anche ammesse concordemente dai commentatori del codice francese; nel quale infatti alla redazione primitiva, che ammetteva la prova per possesso di stato solamente *quando i registri fossero stati perduti o non fossero stati tenuti*, fu sostituita la formola generale di *mancanza del titolo*, che vediamo riprodotta nel nostro art. 171 (1).

D'altra parte però il possesso di stato non può essere addotto come prova della filiazione legittima, fuorchè sotto la condizione di rigore che *manchi il titolo*. Chè, come già altra volta notammo, se esiste l'atto di nascita, esso prova irrepugnabilmente lo stato del figlio a cui si riferisce, senza che possa avere alcun effetto in contrario il possesso di stato, che, come *mezzo sussidiario* di prova, non può infirmare il *mezzo principale*. Perciò vedemmo che se il titolo risultante dall'atto di nascita provi una determinata filiazione legittima, non può valere in contrario il possesso d'una filiazione diversa, sia essa *naturale* o sia parimente *legittima* (2). E per la stessa ragione dobbiamo pur ritenere, che, come non potrebbe nuocere, così neppure potrebbe giovare al figlio un *possesso contrario allo*

---

(1) V. Marcadé, art. 320, § I, t. II, n. 29; Aubry et Rau, t. VI, § 544, na 13, 4a ediz.; Demolombe, t. V, n. 206; Laurent, t. III, n. 407.

(2) V. sopra, n. 69, pag. 542-543.

stato che risultasse dal suo atto di nascita. Il figlio potrebbe veramente ancora, come già accennammo e come dimostreremo poi più ampiamente, aver mezzo di far constare quello stato di legittimità a cui egli pretende, adducendo *d'essere stato iscritto sotto falsi nomi*, o sostenendo che il padre e la madre suoi, che nell'atto di nascita fossero stati dichiarati *sconosciuti*, fossero quei genitori legittimi a cui egli pretende di appartenere, od allegando una *supposizione* od una *sostituzione di parto*, ed approfittando in tutti questi casi della disposizione dell'art. 174, col provare per testimoni, all'appoggio d'un principio di prova per iscritto o di presunzioni ed indizi gravi, l'addotta filiazione legittima. E il fatto stesso del possesso potrebbe essere allora considerato dai giudici come una di queste presunzioni, e forse anche come bastante esso solo *a rendere ammissibile la prova testimoniale.* Ma è certo, ad ogni modo, che ai risultamenti dell'atto di nascita non sarebbe opponibile di per sè un possesso di stato contrario (1).

74. Nel primo paragrafo dell'articolo 172 vedemmo definito il possesso dello stato di filiazione legittima; e da quella disposizione deducemmo quali fossero gli elementi necessari a riscontrarsi in tale possesso, e quali i caratteri fondamentali dei fatti che possono costituirlo. Ma poichè sarebbe stato impossibile il determinare legislativamente tutti questi fatti che sono indefinitamente variabili, a seconda delle diverse relazioni individuali e sociali che al possesso di stato possono dar fondamento, la questione dell'essersi o no verificato questo sufficiente possesso doveva quindi, per necessità, essere abbandonata, come punto di mero fatto, al prudente apprezzamento dell'autorità giudicante. Con questo concetto con-

---

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 213, n. 15; Marcadé, art. 320, § I, t. II, n. 29; Laurent, t. III, n. 407.

corda di fatto anche l'espressione testuale della legge; la quale, ben lungi dalla pretensione di dettar *norme tassative* in questo argomento, annuncia i fatti indicati nel predetto articolo 172 come *i principali fra quelli che nel loro complesso possono valere a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela fra un individuo e la famiglia a cui egli pretende di appartenere.* Da ciò dunque deriva che il figlio possa addurre utilmente anche altri fatti diversi, nè poi sia necessario il concorso di tutti quelli che sono dalla legge previsti, per costituire il possesso di stato. Sopra amendue questi punti la dottrina è infatti concorde (1) ed anche la giurisprudenza nostra è conforme (2).

Per quanto poi risguarda ai fatti *enunciati dimostrativamente* nell'articolo predetto, essi riduconsi in ultimo a quei tre caratteri fondamentali in cui la dottrina ha sempre riassunto tutto ciò che può formare un possesso di stato personale, ed a cui accennano le parole — *nomen, tractatus et fama.* — Vi corrisponde infatti l'avere, chi invoca lo stato legittimo, *portato sempre il cognome del padre ch'egli pretende di avere* (*nomen*); *l'esser egli stato trattato dal padre*, mantenuto, educato, provveduto pure di collocamento, *come suo figlio legittimo, e riconosciuto in tale qualità anche dalla famiglia* (*tractatus*); *l'essere stato costantemente riconosciuto come tale dalla società* (*fama*).

Di queste parti dell'articolo 172 il senso è chiarissimo di per sè; nè occorrono altre osservazioni d'importanza fuor quelle concernenti la *continuità*, che dev'essere carattere distintivo dei diversi fatti costituenti il possesso; del che ci occuperemo nel numero seguente. Ci limiteremo

---

(1) V. Zachariae, t. II, § 547, n^{a} 16, 2^{a} ed. Bruxelles; Duranton, t. III, n. 132; Marcadé, l. c., n. 30; Demolombe, t. V, n. 208; Aubry et Rau, t. VI, § 544, n^{a} 16, 4^{a} ediz.; Laurent, t. III, n. 403; Borsari, *Comment.*, art. 172, § 427, III, A.

(2) V. decis. della Corte di cassazione di Firenze, 24 agosto 1874 (*Ann.*, VIII. 2. 433).

per ora a richiamare una considerazione già accennata altra volta: che, cioè, il trattamento avuto dal figlio, e l'opinione formatasi circa lo stato di lui, in società, non debbono riguardare alla filiazione sua in genere, ma alla *filiazione legittima;* di guisa che quei fatti i quali potessero avere una spiegazione anche supponendo uno *stato di filiazione semplicemente naturale*, non sarebbero da considerarsi come sufficienti a provare lo *stato legittimo*. Un'altra osservazione è ancora da farsi circa la condizione che il *figlio sia stato riconosciuto in qualità di legittimo dalla famiglia*. È certo, quanto a ciò, che quella specie di riconoscimento tacito, che si suppone risultare dai fatti che si adducano come costituenti il possesso, non basta che si verifichi da parte dei soli genitori, e neppure di alcune soltanto delle persone appartenenti alle loro famiglie, ma deve esser proprio *della famiglia*, come dice con generale espressione il testo della legge. Ma d'altra parte ciò non devesi intendere con un rigore tanto assoluto, da ritenere che a fronte del riconoscimento, che potesse dirsi avvenuto da parte di quasi tutti i componenti la famiglia, bastasse il dissenso di qualche forse lontano parente, fors'anche di quel solo contro il quale appunto si volesse provare la filiazione legittima da lui contestata, per togliere l'efficacia di prova al possesso di stato. In questa, come in ogni altra parte dell'argomento di cui parliamo, trattasi di *questioni di fatto*, rimesse al potere discretivo dell'autorità giudicante, che deve pronunziarsi prendendo norma dal complesso delle circostanze particolari di ciascun caso.

Fu affermato con evidente ragione dalla giurisprudenza che “ per aversi il possesso dello stato di figlio “ legittimo, non basta che per tale siasi affermato il figlio “ stesso, ma *occorre la reciprocità di rapporti tra padre “ e figlio* „ (1).

---

(1) V. decisione della Corte di cass. di Roma, 11 febbraio 1892 (*Legge*, XXXII, 1, 399).

74 *bis*. I fatti valevoli nel loro complesso a dimostrare le relazioni di filiazione e parentela legittima tra un individuo e la famiglia a cui egli pretende di appartenere, i *fatti cioè costitutivi del possesso di stato*, possono essere provati con qualunque dei mezzi ammessi dalla legge; anche *per presunzioni* o *per testimoni*. Nè in quest'ultimo caso possono avere applicazione le regole limitative stabilite per *le prove delle obbligazioni e della loro estinzione* circa l'ammissibilità della *prova testimoniale* (articoli 1341, 1347, 1348 cod. civ.). Nè parimente potrebb'essere applicabile per analogia ciò che dispone l'art. 174, pel caso in cui si tratti *di provare la filiazione legittima direttamente col mezzo di testimoni;* la qual prova non è allora ammissibile se non *quando vi sia un principio di prova per iscritto, o quando le presunzioni e gl'indizi risultanti da fatti già certi si trovino abbastanza gravi per determinarne l'ammissione.* La prima di queste proposizioni è evidentemente giustificata dal considerare che non si tratta qui di provare nè l'esistenza nè l'estinzione di obbligazioni convenzionali, ma di *provare fatti materiali che non producono, per sè stessi e direttamente, nè diritto nè obbligazione.* La prova testimoniale è dunque, come le altre, secondo i principii generali, ammissibile sempre, e senza bisogno di appoggiarsi ad un *principio di prova per iscritto.*

L'altra proposizione poi è pur essa fondata su gravissime considerazioni, dalle quali riesce giustificata pienamente la differenza che viene a riscontrarsi in questo rapporto, tra la prova che della filiazione legittima si fa *direttamente* col mezzo dei testimoni, e quella che si ottiene *per induzione* dal *possesso di stato*. Nel primo caso si vuol constatare il fatto della filiazione col mezzo diretto della testimonianza, si vuole squarciare il velo della dissimulazione, sotto cui si pretende che quel fatto fosse tenuto coperto. Il figlio, che manifesta questo proposito, non ha nulla in proprio favore, toltene le prove testimoniali che si propone di produrre; poichè manca sì di *titolo* che di

possesso di stato. Quale meraviglia dunque che, in cosa di sì grande momento, la legge diffidi della testimonianza che si proponga come solo mezzo di prova, ed esiga perciò ch'essa sia appoggiata ad un principio di prova per iscritto, od almeno a *presunzioni ed indizi gravi?* Ma è ben altrimenti quando si tratta di provare direttamente il possesso di stato, e per mezzo di esso, indirettamente e per via di induzione, riuscire alla prova della filiazione legittima. Allora non vi è più un fatto solo, ma *una serie di fatti* gravi, pubblici, concordanti nel presupporre uno stato di filiazione legittima. Allora la veracità della testimonianza, con cui ciascuno di que' fatti sia particolarmente constatato, è guarentita dalla coincidenza stessa di essi, dalla notorietà pubblica, dalla *continuità* in fine che dev'essere carattere distintivo dei fatti medesimi coi quali è stabilito il possesso di stato. I pericoli inerenti all'indole propria della prova testimoniale si dileguano, e viene a mancare ogni ragione per derogare al principio comune, secondo cui i fatti non producenti direttamente per sè diritti od obbligazioni possono sempre essere provati col mezzo di testimoni, anche senza un principio di prova per iscritto. — Perciò su amendue i punti sopra indicati la dottrina non ammette dubbio (1).

Per uguali ragioni — e come ammettono con pari concordia gli stessi autori sopracitati — gli avversari del figlio potrebbero, a lor volta, con qualunque dei mezzi permessi, anche con presunzioni o con testimoni, e in quest'ultimo caso anche senza appoggiarsi ad un principio di prova per iscritto, nè a presunzioni od indizi gravi, somministrare quella *prova contraria* di cui abbiamo veduto essere in più modi suscettibile anche il possesso di stato; sia combat-

---

(1) V. Zachariae, t. II, § 547, nª 17, 2ª edizione, Bruxelles; Marcadé, art. 321, § II, t. II, n. 30; Demolombe, t. V, n. 212; Laurent, t. III, n. 405; Demante, *Cours analyt. de code civil*, t. II, § 47 *bis*, IV; Aubry et Rau, t. VI, § 544, nª 18, 4ª edizione.

tendo direttamente i fatti addotti nell'interesse del figlio; sia dimostrando altri fatti opposti, tendenti a distruggere l'effetto dei primi; sia facendo constare che non fosse mai nato nessun figlio dal matrimonio di coloro che si pretenderebbe fossero i genitori di chi invoca lo stato legittimo, o che i figli nati da quel matrimonio fossero morti; sia dimostrando che il figlio che si direbbe legittimo fosse nato prima della celebrazione del matrimonio dei pretesi suoi genitori.

75. Osservammo già come uno dei caratteri necessari a riscontrarsi nei fatti costitutivi del possesso di stato, sia quello della continuità dei fatti medesimi. E di questo principio annunciato espressamente nell'art. 171, che dichiara bastare in mancanza del titolo il *possesso continuo* dello stato di figlio legittimo, sono poi fatte le conseguenti applicazioni nel successivo art. 172, in cui si esige che l'individuo abbia *sempre* portato il cognome del " padre; che " questi abbia provveduto in tale qualità *al mantenimento*, " *all'educazione ed al collocamento del figlio* ", cosicchè il trattamento che gli è fatto come a figlio legittimo comincia, secondo le parole stesse della legge, dalla prima età di lui e lo conduce fino al momento in cui avendo acquistata una posizione in società è posto in grado di provvedere a sè stesso; che infine il figlio " sia stato *costantemente* riconosciuto come tale nella società ". D'altra parte concordano col testo anche i motivi della legge; perciocchè la continuità non interrotta dei fatti dimostranti le relazioni di filiazione e di parentela contribuisce a dare alla prova che se ne vuol trarre, circa la filiazione legittima, quel carattere di certezza senza cui non sarebbe giustificabile il considerare il possesso come un mezzo di prova perfetta di tale stato. Alcuni fatti isolati, quantunque potessero interpretarsi come contenenti una specie di riconoscimento tacito della qualità di figlio legittimo di certi coniugi attribuita ad un dato individuo, i quali fatti però avessero

avuto una breve durata e fossero stati poi contraddetti da fatti opposti, od almeno da un contegno dei genitori e della famiglia che non accennasse più a quelle relazioni di filiazione e di parentela, lascierebbero una *equivocità*, la quale priverebbe il possesso d'uno dei caratteri che, secondo i principii generali, sono indispensabili per renderlo *legittimo*, una dubbiezza che non permetterebbe di ricavarne una *prova perfetta*.

Da ciò seguirebbe, in via di regola generale, che i fatti addotti come costitutivi del possesso *dovessero aver durato senza interruzione, dal momento della nascita del figlio sino a quello in cui egli avesse ottenuto uno stabilimento*. E questa massima è ritenuta da qualche autore così rigorosamente, da insegnare che " se *il possesso di stato non risalga fino* " *alla nascita del figlio, non possa far prova della filiazione* " *legittima di lui* „ e che " *sia pure indispensabile la con-* " *tinuazione del possesso di stato fino al momento in cui il* " *figlio siasi stabilito* „ (1).

Altri però, adottando circa il primo punto lo stesso principio, opina invece, quanto al secondo, che veramente se il possesso di stato avuto da principio potesse dirsi *distrutto da fatti posteriori* (come quando chi era dapprima stato trattato qual figlio legittimo di certe persone, avesse più tardi avuto un altro possesso di stato, contrario al primo) non sarebbe ammissibile quel precedente possesso come prova sufficiente della filiazione legittima a cui accennava; ma che non sarebbe assolutamente necessario l'aver durato fino alla morte dei genitori, o fino alla maggiorità del figlio, *il possesso effettivo dello stato legittimo*, potendo il possesso conservarsi anche senza la continuazione dei *fatti materiali* necessari a costituirlo in origine; e perciò non dovendo, per la sola cessazione di quei fatti materiali, considerarsi come mancato il possesso, nè perduta la prova

---

(1) V. LAURENT, t. III, n. 405, pag. 510.

che per virtù di esso era stata acquistata (1). — Tuttavia sì l'uno che l'altro lasciano intravedere come tutto ciò che può riguardare la *continuità* del possesso di stato non sia altro che una *quistione di fatto*, su cui devono necessariamente esercitare la più grande influenza le circostanze particolari di ciascun caso. Certo è che, in massima, il possesso di stato dovrebbe cominciare colla vita stessa del figlio, fino dal primo giorno della sua nascita. Come ottimamente osservano i citati autori: " i primi anni di vita " sono i più decisivi, quanto all'essersi posseduto dal figlio " un vero stato di legittimità; poichè i fatti sono allora " l'espressione più genuina della verità, e corrispondono " in certo modo al grido della natura. Se il possesso abbia " cominciato più tardi, vi è pericolo di frode; e si può " temere ragionevolmente che le persone, che si vorreb- " bero far riguardare come genitori legittimi, abbiano trat- " tato come proprio figlio uno straniero " e quasi abbiano voluto *adottarlo* evitando l'applicazione delle condizioni e delle forme che, secondo la legge, sarebbero state necessarie per tale atto (2). Ma questo, che è un principio verissimo come regola generale, potrebbe divenire erroneo qualora si volesse applicarlo assolutamente, senza ammettere la possibilità di veruna eccezione. Le considerazioni sopra esposte, le quali avranno tutto il loro valore rispetto ad un possesso di stato cominciato alcuni anni dopo la nascita del figlio, non lo avrebbero più quando si trattasse di giorni o di pochi mesi, di brevissimo tempo insomma, che fosse trascorso prima di quello in cui, secondo le prove somministrate in giudizio, risultasse avere quei coniugi trattato come loro figlio legittimo il tale individuo. Così abbiamo anche in questo una *questione di fatto*, riserbata al potere discretivo dell'autorità giudicante; la quale potrà

---

(1) V. Demolombe, t. V, n. 209, 210.

(2) V. sentenza della Corte d'appello di Venezia, 19 giugno 1891 (*Legge* XXXI, 2, 778), e decisione della Corte di cass. di Firenze, 19 maggio 1892 (*Giur. It.*, I, 1, 666).

dichiarare sufficiente il possesso di stato, sebbene i fatti dimostrati come costitutivi di esso abbiano cominciato solamente dopo la nascita del figlio, *qualora non vi sia tale intervallo di tempo da giustificare il dubbio che sotto le apparenze d'un possesso di stato di filiazione legittima siasi coperta una specie di adozione voluta fare a favore d'un estraneo.* Lo stesso dovrebbe dirsi, per uguali, se non per maggiori ragioni, del caso in cui il possesso di stato, esistito da principio, non avesse continuato senza interruzione fino al giorno in cui il figlio avesse avuto, per opera dei pretesi suoi genitori, un collocamento, o generalmente fino alla maggiore età. È certo anche qui che, in principio, una tale condizione di cose dovrebbe far riguardare come incompleta la prova del possesso di stato, sia secondo la lettera, sia secondo lo spirito della legge. Tuttavia si possono supporre circostanze eccezionali, da cui quella interruzione o cessazione dei fatti costituenti il possesso possa essere spiegata, senza ricorrere al pensiero che sia mancata quella specie di *riconoscimento tacito delle relazioni di filiazione e di parentela*, da parte dei genitori, della famiglia e della società, che forma tutta la base del possesso di stato. Così sarebbe, ad esempio, se chi era sempre stato trattato come figlio legittimo di certi coniugi, trovandosi ancora in minore età, avesse espatriato, fosse poi col consenso dei genitori o senza, e per tale cagione soltanto avessero cessato di verificarsi i fatti costitutivi d'un *possesso effettivo dello stato di figlio legittimo*. Qui pure adunque avremmo una *quistione di fatto*, da risolversi dall'autorità giudicante, che potrebbe ritenere come sufficiente il possesso di stato, sebbene i fatti che lo costituivano non avessero continuato a realizzarsi fino all'istante dello stabilimento o della maggiore età del figlio, *qualora fossero provate circostanze eccezionali che motivassero e giustificassero la cessazione di tali fatti, senza dover supporre che fosse pure mancato, da parte dei genitori e della famiglia, il riconoscimento intenzionale delle*

relazioni di filiazione e parentela relativamente a quel tale individuo (1).

76. Il possesso continuo dello stato di figlio legittimo costituisce di per sè, come più volte abbiamo ripetuto, una *prova perfetta della filiazione* legittima; di guisa che comprende tanto la *filiazione materna* quanto la *paterna*, nè occorre di provare distintamente il fatto del *parto*, nè la *identità del figlio*. Per altro gli effetti di prova del possesso di stato non bastano a dimostrare completamente la *legittimità*, ma si limitano ai soli *rapporti di filiazione*. Nè questo è un principio particolare che debbasi osservare soltanto pel possesso di stato, ma vale per tutte ugualmente le *prove della filiazione legittima* (2). Il possesso di stato, come l'atto di nascita, come la testimonianza, non provano veramente e completamente la *filiazione legittima*, se non in quanto *presuppongono provato, col mezzo speciale che gli è proprio, lo stato coniugale* di coloro verso i quali, mediante l'atto di nascita, o il possesso, o la testimonianza, si addimostrano le *relazioni di filiazione*. Di che segue che se gli avversari del figlio *neghino che i pretesi genitori di lui siano stati legati in matrimonio*, il figlio stesso *non potrà essere ammesso a provare l'addotto suo stato* di filiazione legittima col mezzo del possesso, *se non a condizione di provare preventivamente*, nei modi stabiliti dagli art. 117-122, la celebrazione del matrimonio, *avvenuta prima della sua nascita*, tra coloro ch'egli afferma essere i suoi genitori (3). Ne segue del pari che, se anche sia avvenuta veramente una celebrazione di matrimonio, ma questo sia stato *annullato*, non potrà esservi possesso di stato efficace a stabilire la filiazione legittima, *salvo che siavi stato matrimonio putativo e non consti che il figlio sia nato in tempo da*

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 70-172, § 4, I, B, t. I, n. 56-273, art. III.

(2) V. sopra, n. 66, pag. 506-509.

(3) V. sentenza della Corte d'appello di Napoli, 21 marzo 1893 (*Giur. Ital.*, XXI, 2, 415).

doverlo riputare concepito dopo l'annullazione del matrimonio dei genitori.

Avvi un solo caso, in cui *col possesso di stato* può provarsi completamente, non tanto *la filiazione*, quanto ancora *la legittimità;* ed è quello contemplato nell'art. 120, in cui supponendosi il figlio in condizione di assoluta impossibilità a procurarsi le notizie necessarie intorno al tempo ed al luogo della celebrazione del matrimonio tra i suoi genitori, gli si permette di provare, non solo la propria filiazione, ma anche lo stato coniugale dei genitori, e conseguentemente *la propria legittimità*, col mezzo del possesso di stato, purchè questo possesso si verifichi tanto rispetto ai genitori, per ciò che riguarda la rispettiva loro qualità di *coniugi*, quanto rispetto ai figli, per ciò che concerne la loro qualità di *legittimi.*

77. L'atto di nascita e il possesso di stato, se ciascuno di questi mezzi si consideri isolatamente, bastano bensì a formare della filiazione legittima una prova perfetta, ma non tale che renda inammissibile qualunque prova contraria. All'opposto, come dimostrammo a suo luogo, la prova risultante dall'atto di nascita può essere combattuta, secondo i casi, o mediante *querela di falso*, o con *semplice prova contraria*, o col mezzo dell'*azione in disconoscimento* (1); e quella emergente dal possesso di stato può essere contraddetta, sia impugnando direttamente i fatti addotti nell'interesse del figlio, o dimostrando fatti contrari, tendenti a distruggere l'effetto dei primi; sia facendo risultare che dal matrimonio di coloro che si pretenderebbe essere i genitori legittimi non fosse mai nato alcun figlio, o che i figli che ne fossero nati non fossero più in vita; sia, in ultimo, dimostrando che il preteso figlio legittimo fosse nato prima della celebrazione del matrimonio di quelli che si direbbero suoi genitori (2).

---

(1) V. sopra, n. 69 *bis*, I, pag. 545, ss.
(2) V. sopra, n. 72 *bis*, IV, pag. 578, ss.

È ben altrimenti quando quei due mezzi di prova della filiazione legittima — atto di nascita e possesso di stato — non abbiano a considerarsi separatamente; ma concorrendo amendue, con piena conformità di risultamenti, riescano ad aggiungere mutuamente forza a quella prova che ciascuno di essi già basterebbe a somministrare completa. Allora, come pure altra volta osservammo, questa prova risultante dalla combinazione dei due più solidi fondamenti dello stato personale, giunge al massimo grado di effetto: tanto che l'ammettere ancora la possibilità d'impugnarla renderebbe sconfinata la licenza di turbare la sicurezza dello stato personale, il riposo e la tranquillità delle famiglie in ciò che costituisce uno dei più vitali interessi, non ostante che vi si opponesse la prova più perfetta che fosse possibile dello stato di legittimità. E per tanto maggiore ragione doveva escludersi questo arbitrio, perchè infine la prova combinata e conforme dell'atto di nascita e del possesso di stato non avrebbe potuto combattersi fuorchè col mezzo dei testimoni, fosse pur anche appoggiato ad un principio di prova per iscritto od a presunzioni ed indizi; e la prova testimoniale, di cui la legge mostra sempre giustamente tanta diffidenza, non avrebbe potuto, senza grave pericolo, ammettersi in opposizione a prove contrarie tanto ponderose. Certamente può darsi che atto di nascita e possesso di stato concorrano a dare apparenza di uno stato legittimo a chi non ne abbia la realtà, a chi non sia che un intruso nella famiglia. Ma la legge nostra soccorre, come vedremo nel successivo paragrafo, pei casi in cui siavi stata *supposizione o sostituzione di parto*, ammettendo allora la prova testimoniale (art. 174 cod. civ.): e in ogni altro caso, che raramente e per eccezione potesse verificarsi, ha giustamente preferito di assicurare, per l'interesse generale, lo stato delle persone, la tranquillità delle famiglie, l'ordine sociale. Da queste considerazioni è giustificata, in massima, la disposizione dell'art. 173, così espressa:

“ Nessuno può reclamare uno stato contrario a quello
“ che gli attribuiscono l'atto di nascita *di figlio legittimo*,
“ ed il possesso conforme al medesimo.

“ Parimente non si potrà muovere controversia sopra
“ lo stato legittimo di colui, il quale ha un possesso con-
“ forme all'atto della sua nascita „.

Il testo, coi precisi suoi termini, ci avverte già di due massime fondamentali che debbono regolare l'applicazione di questa disposizione.

1° Essa è scritta unicamente *per un interesse di protezione a favore della filiazione legittima*. Quindi è solamente quando si tratti d'un *atto di nascita di figlio legittimo*, conforme al possesso di stato, ch'esso resiste, secondo la legge, a qualunque prova in contrario. All'opposto un atto di nascita comprovante una *filiazione naturale* pel riconoscimento fattone dai genitori, sebbene avesse conforme il possesso di stato, non impedirebbe nè al figlio di reclamare uno stato diverso, fosse poi di filiazione legittima o d'altra filiazione naturale, nè ad altri di muovere contestazione sullo stato risultante pel figlio da quei due mezzi di prova riuniti. Questa massima, assai controversa nella dottrina francese (1), sembra divenuta incontestabile per noi; giacchè nel nostro articolo 173, desunto dal 322 del codice Francese, dove si diceva che “ niuno potesse recla-
“ mare uno stato contrario a quello che gli attribuisse *il*
“ *suo atto di nascita* „, furono aggiunte le parole: “ *di figlio*
“ *legittimo* „; e parimente nel secondo paragrafo fu dichiarato che “ non si potrà muovere controversia *sopra lo*
“ *stato legittimo* di colui il quale ha un possesso conforme
“ all'atto della sua nascita „, mentre l'articolo del codice Francese diceva, con formola generale, “ non potersi con-
“ testare *lo stato di colui che ha un possesso conforme all'atto*
“ *di nascita* „. Con questo concetto *limitativo*, della disposizione dell'art. 173, concorda poi quella relativa alla *filia-*

(1) V. Demolombe, t. V, n. 481.

zione naturale; poichè, con una generalità escludente qualunque distinzione, vi si ammette all'opposto che " *il* " *riconoscimento può essere impugnato dal figlio e da chiunque* " *vi abbia interesse* „ (art. 188 cod. civ.), siavi quindi o no un possesso di stato conforme all'atto di nascita ed al riconoscimento di filiazione naturale che in esso si contenga.

Quando però si tratti veramente d'uno *stato di filiazione legittima*, comprovato dall'atto di nascita e dal possesso conforme, è assolutamente respinta qualunque prova contraria, sia poi ch'essa tenda ad attribuire al figlio uno stato di filiazione naturale, od anche solo una *diversa filiazione legittima*. Veramente sembra che le parole usate nell'art. 173, con cui si vieta ad ognuno di " reclamare " *uno stato contrario a quello* che gli attribuiscono l'atto " di nascita *di figlio legittimo* ed il possesso conforme al " medesimo „ siano state interpretate da qualche commentatore nel senso che sia vietato soltanto il *reclamare uno stato di filiazione naturale*, che è appunto *il contrario* di quello di filiazione legittima (1). Ma questa interpretazione non sarebbe accettabile. I motivi della legge, consistenti nel proteggere ed assicurare lo stato personale risultante da prove tanto potenti e concordanti, nell'impedire che sia turbata la tranquillità delle famiglie e l'ordine sociale, stanno ugualmente o sia naturale soltanto o *legittima* la filiazione, che si voglia dimostrare, differente da quella che risulti dal titolo o dal possesso conformi. Le parole: *stato contrario a quello* ecc. sono quindi da considerarsi come equivalenti alle altre: *stato diverso da quello* ecc.

2° La disposizione predetta *non è però stabilita nel solo interesse del figlio*. Lo dimostra evidentemente il testo, che *vieta al figlio* stesso di poter reclamare uno stato diverso da quello che gli è attribuito dall'atto di nascita e dal possesso conforme. La *filiazione legittima* che consti

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 173, § 428, pag. 656.

dal concorso di questi due mezzi di prova, diviene dunque per disposizione della legge assolutamente irrepugnabile; la diviene così pel figlio come per ogni altra persona avente interesse; pel figlio, a cui è troncata la via a qualunque *reclamazione d'uno stato diverso;* per gli altri interessati, ai quali è vietato di muovere controversia *contestando lo stato* di quella filiazione legittima.

77 *bis*, I. Quanto alle condizioni necessarie a verificarsi affinchè sia applicabile la disposizione dell'art. 173, esse risultano molto chiare dal testo stesso, e sono le seguenti:

a) che siavi un *atto di nascita comprovante una filiazione legittima*, secondo le norme che abbiamo conosciute occupandoci dell'art. 170;

b) che siavi un *possesso di stato di tale filiazione*, in conformità dei principii sopra esposti e risultanti dagli articoli 171, 172;

c) che quel *titolo* e questo *possesso siano conformi;* che cioè l'uno e l'altro si riferiscano *alla stessa persona del figlio*, attribuendogli eziandio per *genitori legittimi le stesse persone.* Così è che la *identità personale* viene a costituire una condizione indispensabile della *conformità tra il titolo ed il possesso di stato.* Bisogna però intendere sanamente questa massima. Le prove, che si suppongono somministrate circa i fatti costituenti il possesso di stato, dovranno necessariamente avere servito a constatare con precisione quali siano i genitori, quale sia il figlio a cui quei fatti si riferiscono. L'atto di nascita, colle enunciazioni in esso contenute, deve combinare esattamente in ciò coi risultamenti delle prove date circa il possesso di stato; deve cioè riferirsi, sia quanto al figlio, sia quanto ai genitori, a quelle identiche persone. La identità personale, che è pure certamente una condizione *necessaria per la conformità dell'atto di nascita col possesso di stato*, deve pertanto *risultare dalle enunciazioni contenute nell'atto*

di nascita stesso, non già *da prove estrinseche*. Se l'atto di nascita si riferisca a persone, indicatevi come genitori e come figlio, che non siano identicamente quelle tra cui fu provato esistere gli estremi del possesso di stato, non vi sarà *conformità del titolo e del possesso;* vi sarà bensì titolo di filiazione legittima per un dato individuo, possesso di tale stato per un altro, ma non si otterrà la riunione delle due prove. Se in vece si verificherà l'identità delle persone, secondo le enunciazioni stesse del titolo, confrontate coi risultamenti delle prove somministrate circa il possesso, avremo senz'altro, per virtù di questa stessa conformità, l'applicabilità piena del disposto dall'art. 173, che non solo farà ritenere perfetta la prova della filiazione legittima, ma la renderà invincibile a fronte di qualunque prova contraria si volesse opporvi. Ma quando la coincidenza del titolo e del possesso circa l'identità personale, fosse dubbia, non potrebbesi far luogo all'applicazione del citato articolo (1).

77 *bis*, II. Gli effetti che son prodotti dalla prova risultante dal titolo e dal possesso conformi, si riassumono, come dicemmo, nel rendere *inattaccabile lo stato di filiazione legittima*, sia da parte del figlio stesso, sia di qualunque altra persona avente interesse a contestarlo. Ma tale principio, così chiaro per sè, presenta poi difficoltà non lievi nell'applicazione. Dovrebbe seguirne, a rigore, che nessuno dei mezzi adducibili contro la prova emergente dall'atto di nascita o dal possesso di stato, considerati questi separatamente, potesse valere contro tali prove riunite e conformi; che quindi, non solo fosse inammissibile la *semplice prova contraria*, ma parimente la *querela di falso*, l'azione in *disconoscimento di paternità*, la prova che da quel matrimonio *non fossero mai nati*

(1) V. Valette sur Proudhon, t. II, n. 86, n^a 6; Borsari, *Comm.*, art. 173, § 428, C, pag. 656.

figli, o i nati *non fossero più in vita*, o che *chi si dice figlio legittimo fosse nato prima della celebrazione del matrimonio* tra i pretesi suoi genitori. Tuttavia alcuni di questi punti lasciano dubbiezze gravi, e diedero luogo a discordanza di opinioni nella dottrina. Uno ve ne ha che fu sciolto con disposizione espressa dal nostro codice; e riguarda il caso in cui, contro i risultamenti conformi dell'atto di nascita e del possesso di stato, si alleghi una *supposizione* od una *sostituzione di parto*.

Alcuni autori francesi, esaminando l'ipotesi che fosse contestata l'identità del figlio pel cui stato legittimo si allegassero a prova il titolo ed il possesso conformi, distinguevano se i fatti su cui fondasse la contestazione d'identità fossero *anteriori o posteriori all'iscrizione dell'atto di nascita* sui registri dello stato civile. Il primo caso si verificherebbe, per esempio, allorchè si domandasse di provare che da quei tali coniugi non fossero mai nati figli, o quello che fosse nato fosse premorto alla dichiarazione di nascita, nella quale fosse stato denunciato come loro figlio un estraneo, ovvero fosse stato sostituito nella dichiarazione stessa al figlio vero un altro, il quale poi avesse sempre avuto il possesso di quello stato che non gli apparteneva: ed allora dicevasi *irricevibile la prova* domandata, per la ragione che quel figlio avrebbe veramente un *titolo conforme al possesso*, poichè sarebbe certamente *per lui* che quell'atto di nascita sarebbe stato scritto. Il secondo caso si verificherebbe quando si affermasse che *dopo l'iscrizione dell'atto di nascita*, il figlio a cui esso veramente si riferiva fosse morto, ed in luogo di lui si fosse dato il possesso di stato ad un figlio di altri, ovvero che fosse avvenuta sostituzione di un altro individuo al vero figlio di quei tali genitori; e in tale ipotesi sostenevasi la *ricevibilità della prova* di tali fatti; giacchè, si diceva, il titolo non appartenendo veramente a quella stessa persona in favor della quale starebbe il possesso di stato, non potrebbe più dirsi che vi fosse conformità

tra l'uno e l'altro di questi mezzi di prova (1). Qualcun altro però sosteneva che, tanto nell'una quanto nell'altra ipotesi, fosse irricevibile la prova della supposizione o sostituzione di parto: osservando che l'adottare una massima contraria, fosse pure pel solo caso di fatti posteriori all'iscrizione dell'atto di nascita, " equivarrebbe sempre a " rimettere in questione, col mezzo della prova testimo- " niale, uno stato appoggiato alla duplice prova del pos- " sesso e del titolo; ciò che appunto si volle evitare dal " legislatore „ (2).

Il codice nostro ha seguìta una via diversa affatto da amendue le citate opinioni; ponendo, nell'art. 174, tra i casi in cui è ammessa la prova della filiazione col mezzo di testimoni anche quelli " *di supposizione o sostituzione* " *di parto, ancorchè in questi due ultimi casi vi sia un atto* " *di nascita conforme al possesso di stato* „. Della quale massima rendevasi ragione nella relazione senatoria dicendo che: " Al principio tutelare secondo il quale nes- " suno può reclamare uno stato contrario a quello che " gli attribuiscono l'atto di nascita ed il possesso di figlio " legittimo, si è apposta un'eccezione, consigliata dall'or- " dine delle famiglie e da evidente giustizia, pei casi di " supposizione di parto o di sostituzione d'infante, reati " preveduti dal codice penale. In questi casi la giurispru- " denza e la dottrina riconobbero che il detto principio " non si dovrebbe ritorcere a grave danno del figlio a " favore del quale è introdotto „ (3).

A fronte di un reato con cui si è adulterato, o nel titolo o nel possesso, lo stato del figlio, non si è stimato di poter precludere la via tanto al figlio stesso, quanto a qualunque persona avente interesse opposto, per far valere giudizialmente il vero ed il giusto; per reclamare, da parte del figlio, lo stato legittimo che gli appartenga;

---

(1) V. Demante, *Cours anal.*, t. II, n. 48 *bis*, II; Demolombe, t. V, n. 223, 224.
(2) V. Laurent, t. III, n. 412.
(3) V. Relaz. Sen., pag. 60.

per contestare da parte degli altri lo stato ch'egli illegittimamente possieda, e tutto ciò anche col mezzo della prova per testimoni; quando d'altro lato essa sia appoggiata ad un principio di prova per iscritto od a presunzioni ed indizi gravi. Da queste considerazioni ci sembra giustificata l'applicabilità dell'art. 174, e conseguentemente l'ammissibilità della prova contraria ai risultamenti del titolo e del possesso conformi, tanto pel caso in cui la supposizione di parto fosse avvenuta al tempo della iscrizione dell'atto di nascita sui registri dello stato civile, quanto per quello in cui fosse posteriore. Nè varrebbe opporre, cogli autori francesi dai quali professavasi una teoria contraria, che nel primo caso l'atto di nascita essendo veramente stato fatto per quel determinato individuo, quantunque con una supposizione o sostituzione di parto, sarebbe sempre vero che l'individuo stesso avrebbe in proprio favore titolo e possesso conformi, e quindi avrebbe una prova incontestabile dello stato legittimo che ne risulterebbe. Il legislatore ha considerato giustamente che se in tale ipotesi, il figlio addurrebbe veramente un atto di nascita suo proprio, conforme al possesso di stato ch'egli avrebbe, i risultamenti di quell'atto a favore del figlio non sarebbero però che conseguenze di un *reato di supposizione o sostituzione di parto;* conseguenze le quali pertanto non si potrebbero mantenere irreparabili, sia in danno del figlio, sia in danno di altre persone aventi interesse opposto (1).

Questo, di cui parlammo finora, è il portato della disposizione espressa dell'art. 174, che arreca, per gli esposti motivi, una *eccezione* al principio generale secondo cui la conformità del titolo e del possesso esclude l'ammissibilità di qualunque prova contraria. Perciò appunto questo principio dev'essere mantenuto fermo per ogni altro caso

(1) V. sentenze della Corte d'appello di Napoli, 10 maggio 1871 e 9 luglio 1872 (*Giur. It.*, XXIII, 2, 324, e *Ann.*, VII, I, 75).

non espressamente eccettuato. Così non basterebbe addurre che il figlio *fosse stato iscritto sotto falsi nomi* (confr. art. 174 cod. civ.), per farsi ammettere a provarlo per testimoni, e combattere con questo mezzo la prova risultante dalla riunione del titolo e del possesso. Altrimenti diverrebbe illusoria la regola dell'art. 173 (1). Così neppure sarebbe ammissibile la *querela di falso* contro un atto di nascita a cui fosse conforme il possesso di stato (2). Veramente qualche autore propugnerebbe in questo proposito una distinzione; secondo la quale, mentre il *falso commesso nell'atto di nascita* al momento in cui è ricevuto, non farebbe luogo ad impugnare colla querela di falso quell'atto, al quale fosse conforme il possesso di stato, all'opposto la *falsificazione* posteriore, eseguita appunto allo scopo di rendere conforme al possesso di stato un atto di nascita che in origine gli fosse contraria, permetterebbe di attaccare l'atto medesimo: imperocchè, si dice, qualora riuscisse provata la *falsificazione*, verrebbe a mancare la conformità del titolo col possesso, essendo dimostrato che l'atto di nascita non sarebbesi applicato in origine a quello stesso individuo al quale sarebbe stato fraudolentemente attribuito in un tempo posteriore; mentre nell'altro caso di *falso* l'atto, quantunque così adulterato, sarebbe però stato veramente applicabile a quella identica persona (3). Ma in questo modo si viene a risolvere la questione colla questione stessa; poichè quello che si ricerca è appunto se sia ammissibile di provare per testimoni che l'atto non possa applicarsi a quella persona, alla quale apparentemente risguarda; ed è precisamente

---

(1) V. DEMANTE, *Programme du cours de droit civil*, n. 304, nª 3; DEMOLOMBE, t. V, n. 226; AUBRY et RAU, t. VI, § 544 *bis*, 4°, nª 19, 4ª edizione.

(2) V. DURANTON, t. II, n. 133; LAURENT, t. III, n. 411, e sentenze della Corte d'appello di Bologna, 3 dicembre 1884 (*Giur. Ital.*, 1886, 2, 3), e di Napoli, 10 maggio 1871 (*Gazz. Proc.*, VI, 160). V. anche decisione 23 agosto 1874, della Corte di cassazione di Firenze (*Ann.*, VII, 2, 433).

(3) V. VALETTE sur PROUDHON, loco cit.; DEMANTE, *Cours analyt.*, t. II, n. 48 *bis*, III; BONNIER, *Des preuves*, n. 136; DEMOLOMBE, t. II, n. 225.

il pericolo inerente alla prova testimoniale, opposta ad un titolo ed al possesso conforme, che il legislatore ha inteso di evitare, escludendo (con una disposizione generale, nella quale perciò sarebbe arbitrario l'introdurre la proposta distinzione) *qualunque prova contraria.*

In questi sensi rispose il *Laurent* alla teoria proponente la sopra accennata distinzione. " Vi è un'ipotesi —
" egli disse — in cui la questione può essere dubbia. Si
" suppone che l'atto di nascita, com'era stato ricevuto,
" contraddicesse al possesso di stato, e che per confermare
" tale possesso col mezzo di un titolo menzognero, l'atto
" sia stato falsificato. E s'insegna che in questo caso la
" iscrizione in falso è ammissibile. *Demante* dice che
" l'art. 322 (173 cod. It.) non può allora ricevere appli-
" cazione, perchè esso suppone un atto di nascita con-
" forme al possesso; ora, se l'atto è stato falsificato,
" questa conformità non esiste più. Ma non si decide
" forse con ciò la questione riproducendola? La confor-
" mità esisterà se il titolo non è stato falsificato, ed al
" contrario cesserà se la falsificazione è avvenuta. Resta
" a sapersi se si possa provare la falsificazione. Ora, se
" i termini assoluti della legge si oppongono alla prova
" del falso, essi si oppongono ugualmente alla prova della
" falsificazione. Nell'uno e nell'altro caso si vorrebbe intro-
" durre nel testo una distinzione inconciliabile coi termini
" generali di esso, e che è in opposizione collo spirito della
" legge. È la prova testimoniale che l'art. 322 respinge:
" sarebbe forse più difficile trovare dei falsi testimoni per
" attestare la falsificazione, che per attestare il falso? „ (1).

77 *bis*, III. Quanto abbiamo detto finora circa l'effetto assoluto ed irrefragabile della prova risultante dalla conformità del titolo e del possesso, riguarda però soltanto la *filiazione;* non la legittimità, la quale *presuppone*

---

(1) V. LAURENT, n. 411, pag. 518.

lo stato coniugale dei genitori a cui la filiazione stessa è attribuita. Così non v'ha dubbio che la coesistenza e la conformità del titolo e del possesso non impedirebbero agli avversari del figlio di contestarne *la legittimità*, provando che *non v'ebbe mai celebrazione di matrimonio* tra i genitori, o che il matrimonio celebrato *non potè avere esistenza giuridica*, o che in fine questo matrimonio era *nullo ed era stato contratto in mala fede da amendue i genitori* (confr. art. 116 cod. civ.) (1).

Secondo qualche autore, la conformità del titolo e del possesso non farebbe nemmeno ostacolo all'*azione in disconoscimento di paternità* che si promuovesse contro il figlio avente in proprio favore questi due mezzi di prova (2); perchè con tale azione non s'impugna punto che la filiazione legittima sia legalmente provata, ed anzi non è possibile il disconoscimento fuorchè contro un individuo la cui filiazione legittima consti nei modi di legge, trattandosi di combattere la presunzione, che stia in suo favore, della paternità del marito della donna da cui quell'individuo sia nato. Se non che avvi un altro ostacolo, che sembra sottrarre anche nel caso nostro lo stato legittimo del figlio, che abbia per sè titolo e possesso, all'esercibilità dell'azione in disconoscimento, ostacolo che già vedemmo elevarsi allorchè la sola prova della filiazione legittima consiste nel possesso di stato; ed è che il possesso contenendo come elemento necessario un *tacito riconoscimento della paternità*, toglie al padre od a chi lo rappresenti di potere mai più distruggere lo stesso fatto proprio, col disconoscimento (3). Ciò non ostante, l'opinione di Zachariae è stata seguìta da una Corte nostra (4).

---

(1) V. Marcadé, art. 322, t. II, n. 31; Aubry et Rau, t. VI, § 544 *bis*, 4°, n° 22, 4ª ediz.; Demolombe, t. V, n. 229; Laurent, t. III, n. 413; Borsari, *Comm.*, art. 173, § 428, c, t. I, pag. 656.

(2) V. Zachariae, § 547 *bis*, 4°, n° 18, 2ª ediz., Bruxelles.

(3) V. Marcadé, l. c.; Demolombe, t. V, n. 230; Borsari, l. c. d.

(4) V. sentenza della Corte d'appello di Torino, 27 dicembre 1895 (*Giur. It.*, 1896, I, 2, 291).

§ III. — *Della prova della filiazione legittima col mezzo di testimoni.*

Sommario. — 78. Principii fondamentali intorno a questo mezzo speciale di prova della filiazione legittima. — 78 *bis*, I. Quali siano gli oggetti della prova testimoniale nella presente materia. — 78 *bis*, II. In quali casi possa essere ammessa la detta prova. — 79. *a*) Della *mancanza di titolo e di possesso di stato*. — 80. *b*) Della esistenza di un titolo, senza possesso, nel qual titolo il figlio sia stato iscritto sotto falsi nomi. — 80 *bis*. Se a rendere ammissibile la prova testimoniale, nel caso che il figlio reclamante sia stato iscritto nel suo atto di nascita *sotto falsi nomi*, sia necessario proporre *querela di falso*. — 81. *c*) Della esistenza del possesso senza titolo. — 82. *d*) Della esistenza d'un titolo e d'un possesso contrari alle pretensioni del figlio e contraddittori fra loro. — 83. *e*) Della conformità del titolo e del possesso, ma con supposizione o sostituzione di parto. — 84. La prova della filiazione legittima col mezzo di testimoni non è mai ammissibile se non concorrendo le condizioni stabilite nell'alinea dell'art. 174. Conciliazione di questa disposizione coll'altra dell'art. 364 cod. civ. — 84 *bis*, I. Caratteri del *principio di prova per iscritto*, necessario a rendere ammissibile la prova testimoniale. — 84 *bis*, II. Esame dei vari documenti dai quali, secondo l'art. 175, può risultare il principio di prova per iscritto. — 85. Requisiti necessari a verificarsi, affinchè per *presunzioni ed indizi* si possa supplire alla mancanza d'un principio di prova per iscritto. — 85 *bis*. Quali siano i fatti che possono costituire presunzioni od indizi gravi, a senso dell'art. 174, al^{a}., e con quali mezzi possano essere provati. – 86. Ammissibilità e mezzi della *prova contraria*, che può essere somministrata da chi contesti la reclamazione di filiazione legittima, appoggiata alla prova testimoniale. — 87. Effetti della prova della filiazione legittima, data col mezzo di testimoni.

78. Veniamo ora all'ultimo dei mezzi che la legge concede per provare la filiazione legittima, a quello, cioè, dei *testimoni*. Diciamo che è l'ultimo di tali mezzi; perocchè, come già avvertimmo, essendo dichiarato nel testo, che la filiazione legittima deve provarsi normalmente *coll'atto di nascita iscritto sui registri dello stato civile*, e solo *in mancanza di questo titolo* può provarsi *col possesso continuo dello stato di figlio legittimo*, e in mancanza sì dell'uno che dell'altro mezzo, può provarsi ancora *per testimoni* (1), non è dubbio che tali disposizioni devono

(1) V. sopra, n. 66, pag. 512-514.

riguardarsi come *tassative*, così da escludere l'ammissibilità di qualunque altro mezzo di prova, fuor di quelli espressamente contemplati. Non può essere dimenticato, infatti, che lo stato di filiazione legittima, coi particolari effetti civili che ne derivano, dipendendo unicamente dalla legislazione positiva, alle norme dettate da essa deve pertanto essere esclusivamente subordinato anche ciò che concerne i mezzi coi quali l'esistenza di quello stato civile delle persone possa essere legalmente dimostrata; e che d'altra parte i grandi interessi, non pure privati ma anche sociali, che trovansi implicati nella prova di ciò che costituisce la base stessa delle famiglie, non potevano permettere al legislatore di astenersi dallo stabilire regole particolari e tutelari in tale proposito, nè di riferirsi semplicemente ai principii comuni riguardanti le prove.

Così è che, sebbene per massima generale le *presunzioni di fatto* siano riconosciute quali mezzi di prova principale, ammissibile in quei casi stessi in cui lo è la prova testimoniale (art. 1354 cod. civ.), pure, in questa materia dello stato di filiazione legittima, le presunzioni non sono considerate come mezzi sufficienti di prova principale e piena, ma solo come valevoli a costituire una specie di *principio di prova, per determinare l'ammissione della prova testimoniale* (art. 174, al[a]., cod. civ.).

Così è, ancora, che, quantunque la *confessione della parte* si annoveri tra i precipui e più efficaci mezzi di prova ordinari, pure il *riconoscimento*, che l'uno dei coniugi od amendue facessero di un figlio nato durante il matrimonio, non potrebbe valere da sè solo come mezzo legale di prova della filiazione legittima (1).

E similmente fu ritenuto in giurisprudenza, che l'essere ammessa dall'art. 174 solamente la prova per mezzo di testimoni, esclude che si possa proporre l'interrogatorio, il quale nel sistema delle prove in giudizio costituisce il

---

(1) V. sopra, n. 69, pag. 543-544.

mezzo per ottenere, sui fatti allegati da una delle parti contendenti, la confessione della parte avversaria (1).

Così è, infine, che come bastante *prova per iscritto* non potrebbesi riguardare, in questa materia, se non quella risultante *dall'atto di nascita;* mentre dai *documenti di famiglia*, dai *registri e dalle carte private del padre o della madre*, dagli *atti pubblici o privati provenienti da taluno degli interessati nella controversia* non sarebbe lecito dedurre nulla più che un semplice *principio di prova*, atto a rendere ammissibile quella *per testimoni* (art. 175 cod. civ.). Nel quale aspetto pertanto, sembrerebbe soverchia l'estensione della massima insegnata da un celebre giureconsulto francese, che, “ quando la legge ammette la prova testi-“ moniale, *deve ammettere per ciò stesso ed* A FORTIORI *qua-“ lunque prova scritta* „ (2). Si può osservare in contrario che, come la legge non considera quale prova sufficiente della filiazione legittima la sola testimonianza che non si appoggi ad un principio di prova per iscritto od a presunzioni od indizi gravi; così è perfettamente coerente nel non riguardare come bastante da sè sola una qualunque prova scritta, quando non risulti da quell'atto speciale che è principalmente destinato a costituire sotto la fede pubblica la prova della filiazione legittima, cioè l'atto di nascita.

Oltre ad escludere gli altri mezzi, che secondo i principii comuni potrebbero essere addotti; anche nel regolare la ammissione della stessa prova testimoniale, a cui si può ricorrere in mancanza dell'atto di nascita e del possesso di stato, la legge mantiene un rigore giustificato, come osservammo, dall'indole pericolosa di quel mezzo e dall'interesse della società tutta, ad impedire che con testimonianze, spesso mal sicure o sospette, si riuscisse ad intro-

---

(1) V. sentenza 5 dicembre 1884 della Corte d'appello di Bologna (*Foro It.*, VI, I, 416)
(2) V. MARCADÉ, art. 324, § III, t. II, n. 35.

durre nelle famiglie individui che ad esse legittimamente non dovessero appartenere. Quindi è che, sebbene per diritto comune siavi luogo alla prova testimoniale, anche *senza nessun principio di prova per iscritto*, quando chi chieda di dimostrare un fatto in giudizio *sia stato nell'impossibilità di procurarsene la prova in iscritto* (art. 1348 cod. civile); e sebbene una tale impossibilità si verifichi senza colpa alcuna di colui al quale manchi *il titolo* della sua filiazione legittima, pure per questa, a rendere ammissibile la prova testimoniale, si richiede che il figlio possa addurre un *principio di prova scritta*, o fatti già accertati che dimostrino la probabilità della sua domanda (art. 174, alinea, cod. civ.).

Ed anzi potrebbe pensarsi per qualche rapporto che, non solo a confronto dei principii comuni circa la prova testimoniale, ma in paragone eziandio delle norme ordinarie circa l'ammissibilità di questa prova in supplemento agli atti dello stato civile mancanti, fossero da considerarsi come più rigorose le massime adottate dalla legge per ciò che concerne la prova della filiazione legittima; poichè nel caso di mancanza, distruzione, smarrimento o interruzione di registri dello stato civile, si ammette la prova delle nascite, dei matrimoni e delle morti, anche col mezzo di *testimoni*, senza esigere null'altro, mentre invece la prova testimoniale non è ammessa direttamente e da sola quando si tratta della filiazione legittima. Se non che forse le due disposizioni, dell'art. 174, al^{a}., e dell'art. 364, possono ritenersi come riferibili a casi assolutamente distinti, a cui ciascuna di esse debba rispettivamente applicarsi, senza che l'una abbia a considerarsi come una limitazione dell'altra. L'art. 364 contempla il caso che per cause generali e pubbliche *manchino i registri* in cui l'atto di nascita dovrebbe trovarsi iscritto; ed allora ammette la prova testimoniale, *anche senza principio di prova per iscritto*, per far constare la filiazione legittima, come per qualunque altro degli oggetti che dovrebbero risultare dagli atti dello stato civile

mancanti. L'articolo 174, al[a]., contempla invece la *mancanza dell'atto di nascita* in un registro che pel resto sia stato regolarmente tenuto; ed allora subordina l'ammissione della prova testimoniale alla produzione d'un principio di prova per iscritto, od alla preliminare dimostrazione di presunzioni ed indizi gravi. E con ciò, ben lungi dallo apportare una limitazione alla norma comune stabilita nell'articolo 364 per gli atti dello stato civile in generale, si concede anzi una maggiore larghezza in favore della prova testimoniale della filiazione legittima, ammettendola, colle accennate condizioni, per un caso nel quale non vi si potrebbe far luogo coll'applicazione del predetto articolo 364, *non verificandosi mancanza nè perdita di registri*, ma semplice *mancanza di un atto* in un registro regolarmente tenuto. Con questo non intendiamo ora che di preannunciare la soluzione, che ci parrebbe meglio fondata, d'una controversia assai grave, della quale avremo a trattare più oltre, commentando appunto l'articolo 174. Frattanto però non sarà forse stato inutile questo cenno a segnare con maggiore precisione i limiti del carattere restrittivo che può attribuirsi alle disposizioni regolatrici della prova testimoniale per la filiazione legittima.

Noi consideriamo ora la testimonianza come mezzo di *prova diretta* della filiazione legittima. Abbiamo veduto però come, in rapporto alla filiazione stessa, la cui prova si fondi veramente sull'atto di nascita o sul possesso di stato, possano anche indursi i testimoni per dimostrare *la identità del figlio* che appoggi la propria reclamazione di stato a quel determinato atto di nascita, o per provare *i fatti costitutivi del possesso di stato* (1). Ma appunto perchè, in questi ultimi casi, il mezzo di prova della filiazione consiste veramente nell'atto di nascita o nel possesso di stato, e la testimonianza non è impiegata se non come *mezzo indiretto*, per constatare l'applicabilità dell'atto di nascita o

---

(1) V. sopra, n. 71, pag. 560-561; n. 74 *bis*, pag. 588-589.

l'esistenza reale dei fatti che si adducono per dimostrare lo stato di filiazione, non può quindi farsi luogo a quelle limitazioni che la legge ha saggiamente stabilite pei casi nei quali la prova voglia farsi derivare direttamente dalle dichiarazioni dei testimoni. È per ciò che, come già dimostrammo nei luoghi sopra citati, la prova della identità del figlio, il quale produce l'atto di sua nascita, e quella dei fatti costituenti il possesso di stato, possono somministrarsi col mezzo dei testimoni, anche senza l'appoggio di principii di prova per iscritto, nè di presunzioni od indizi gravi. Per ciò ancora il marito, contro il quale fossero indotti i testimoni al solo scopo di completare la prova fondata sull'atto di nascita o sul possesso di stato, non potrebbe giovarsi dell'articolo 176 per *provare in contrario, con qualunque mezzo, che il reclamante non sia suo figlio;* ma solo potrebbe esercitare *l'azione in disconoscimento di paternità*, nei casi e sotto le condizioni prescritte dagli articoli 162 e seguenti. Ma quando la testimonianza sia impiegata veramente come *mezzo di prova diretta* della filiazione legittima, le limitazioni tutte che la legge stabilisce in proposito devono osservarsi, o sia poi che la controversia riguardi veramente un'*azione in reclamazione di stato promossa dal figlio*, o che concerna un qualunque altro oggetto che dia occasione di disputare dello stato di filiazione legittima come fondamento di azione, di eccezione o di difesa (1).

In senso contrario fu ritenuto in un giudicato autorevolissimo, che " *l'art.* 174 *riguarda solo il figlio che reclami* " *il vero suo stato*, ma non i terzi che vogliano a lui con- " testarlo „ (2). E che il caso della reclamazione di stato legittimo intentata dal figlio sia quello che il legislatore ebbe principalmente in vista nella citata disposizione, non lo poniamo in dubbio. Ma ad ammettere che in quella sola

(1) V. sopra, n. 66, pag. 509-510.
(2) V. decisione 4 luglio 1872 della Corte di cassaz. di Napoli (*Ann.*, VII, I, 175).

ipotesi siano da applicarsi le regole date nel citato articolo 174 e nei due seguenti, ad esclusione d'ogni altro caso in cui cada pure in controversia la filiazione legittima, ma in seguito ad azione promossa da altra persona che dal figlio e per altro oggetto che non sia la reclamazione dello stato legittimo in favore di lui, ci sembra che si oppongano le considerazioni seguenti. Gli art. 174-176 parlano, in genere, della *prova per testimoni della filiazione legittima*, senza distinguere da chi sia intentata, nè di quale natura sia, l'azione per la quale quella prova rendasi necessaria. D'altra parte i motivi giustificanti le limitazioni stabilite dalla legge circa una tale prova, e principalmente quella riguardante la condizione di sua ammissibilità, consistente nel richiedersi un principio di prova scritta, o il concorso di presunzioni od indizi gravi, stanno ugualmente per qual che si sia l'attore, ed anche se l'azione intentata non sia precisamente quella di reclamazione di stato. Così, se siano due coniugi che agiscano insieme per far dichiarare come nato dal loro matrimonio un figlio iscritto sotto falsi nomi e trattato da altre persone come proprio, nemmeno in questo, nè in altri casi somiglianti, potrebb'essere ammessa la prova testimoniale, se non all'appoggio di un principio di prova scritta o di presunzioni od indizi gravi, conformemente all'art. 174 (1).

Ciò che potrebbe dar motivo di maggior dubbio sarebbe che l'articolo 176 — il quale evidentemente forma seguito e complemento dei due precedenti — suppone esplicitamente trattarsi di una *reclamazione di stato*. A questa obbiezione però, dal *Laurent* preveduta, l'illustre autore ha risposto: che l'essersi nella predetta disposizione contemplato questo solo caso, come *il più ordinario*, non significa che il legislatore abbia inteso di farne una condizione per l'applicabilità della disposizione stessa, e tanto meno di quelle dei due articoli precedenti. La quale osservazione

(1) V. Laurent, t. III, n. 424, pag. 531-532.

sembra abbastanza rassicurante intorno alla massima, che è stata seguita anche in qualche pronunziato della giurisprudenza nostra (1).

78 *bis*, I. Quali sono gli oggetti della prova testimoniale che possa essere proposta, per la filiazione legittima? La risposta a tale quesito risulta dai principii generali che esponemmo preliminarmente, che avemmo occasione di richiamare più volte, e che qui pure basterà il rammentare.

Trattasi soltanto della *prova della filiazione*, non veramente di quella della *legittimità*, che consta anche di altri elementi, ciascuno dei quali ha i suoi mezzi particolari di dimostrazione (2). Supponendo provata la *filiazione materna*, e che non sia contradetto, o in caso di contestazione sia dimostrato nei modi di legge, lo *stato coniugale della madre al tempo del concepimento del figlio*, la *filiazione paterna legittima* consta, senz'altro, in virtù della *presunzione legale* stabilita dall'articolo 159 del codice civile. Di vero, la *presunzione di paternità del marito* si fonda unicamente, secondo il detto articolo, sul fatto del *concepimento del figlio durante il matrimonio*. In qualunque modo questo fatto sia dimostrato, per testimoni come per qualunque altro mezzo, l'efficacia non ne può essere minore per gli effetti della ricordata presunzione legale. Così, fra gli oggetti della prova diretta da somministrarsi per testimoni, non può certamente comprendersi la *filiazione paterna*, che la legge stessa ritiene come constante per ciò solo che sia accertato essere stato concepito un figlio da donna maritata.

Ma questa presunzione di paternità legittima del marito ha minor forza di quando la filiazione materna risulti dal-

---

(1) V. sentenza della Corte d'appello di Venezia, 22 aprile 1887 (*Foro It.*, XII, I, 844).

(2) V. sopra, n. 66, pag. 506-509.

l'atto di nascita, allorchè essa sia invece dimostrata soltanto per testimoni; mezzo pericoloso, di cui la legge diffida. In questo caso pertanto non è ridotto il marito a poter combattere quella presunzione col solo mezzo della *azione in disconoscimento*, nei casi, sotto le condizioni ed entro i termini in cui questa è ammissibile; ma anzi è conceduto sempre, *sì a lui che a chiunque altro si trovi contraddittore nella controversia* relativa allo stato legittimo del figlio, di provare in contrario, con qualunque mezzo, *la non paternità del marito* medesimo (art. 176 cod. civ.). E come allora su questo punto della *filiazione paterna* s'impegna una contestazione, nella quale l'altra parte deve pure essere ammessa a combattere con armi uguali, così anche il figlio, o chi per lui, potrà farsi a provare, per testimoni o con qualunque altro mezzo, la *paternità del marito*. Per tal modo questa paternità può allora divenire occasionalmente oggetto della prova testimoniale, sebbene non ne sia ordinariamente oggetto necessario. In generale, adunque, e salvo il caso ora accennato, la prova testimoniale della filiazione legittima deve aggirarsi soltanto intorno alla *filiazione materna*. Ma questa deve risultare pienamente, in ogni suo elemento costitutivo; quindi, non tanto rispetto al fatto dell'avere la moglie dato alla luce un figlio, quanto per la *identità di lui* con chi reclama lo stato legittimo. È per la stessa ragione che quando un figlio naturale ricerchi la propria madre, è dichiarato espressamente nell'articolo 190 ch'*egli deve provare d'essere identicamente quel medesimo che fu da lei partorito*. Nè in vero si saprebbe scorgere motivo alcuno di differenza tra i due casi; nei quali trattasi ugualmente di *provare per testimoni la filiazione materna*.

78 *bis*, II. Il mezzo della prova testimoniale non può impiegarsi, secondo il testo ed i motivi della legge, che come ultimo rimedio in favore del figlio, affinchè possa giungere a rivendicare lo stato legittimo che gli appar-

tenga; non può cioè essere invocato fuorchè *sussidiariamente*, in caso di mancanza degli altri due mezzi di prova, consistenti *nell'atto di nascita* e *nel possesso di stato* (articolo 174 cod. civ.) (1). Questa massima corrisponde a quello spirito di diffidenza con cui la legge, in materia di così grave interesse privato e pubblico, ha giustamente riguardata la prova per testimoni. Ma non è da pensare per ciò che questo mezzo di prova non possa essere impiegato mai per combattere i risultamenti stessi d'un atto di nascita o d'un possesso che attribuiscano al figlio uno stato diverso da quello a cui egli pretenda. È solo quando *titolo e possesso concorrano nell'attribuire al figlio un determinato stato legittimo*, che a lui è vietato di *reclamare uno stato contrario*, come ad ogni altra persona è proibito di muovergli controversia sopra quello stesso stato legittimo (art. 173 cod. civ.). Ma ogni volta che l'uno di quei due elementi di prova manchi o non sia conforme all'altro, non essendo impedito al figlio di *reclamare uno stato contrario* a quello che risulterebbe per lui dall'atto di sua nascita o dal possesso, e questa reclamazione non potendosi appoggiare ad altra prova che a quella per testimoni, ne deriva dunque necessariamente l'ammissibilità della prova stessa (2). Alcune applicazioni di questa massima si trovano di fatto espresse nell'art. 174; laddove dichiara *la prova di filiazione potersi dare col mezzo di testimoni, quando il figlio fu iscritto sotto falsi nomi..... o quando si tratta di supposizione o sostituzione di parto*. Nel primo caso si suppone *un titolo senza possesso*, e si permette tuttavia di contradire alle risultanze del titolo stesso, appoggiandosi alla prova per testimoni, a condizione che si dimostri *la falsità dei nomi* sotto i quali il figlio fu iscritto. Ma potrebbesi supporre anche l'esistenza d'un *possesso in contradizione al*

(1) V. sopra, n. 66, pag. 514.
(2) V. decisione 23 novembre 1869 della Corte di cassazione di Napoli (*Giur. It.*, XXI, I, 747).

titolo; e tuttavia la condizione delle cose non cangierebbe, poichè la contrarietà tra il titolo ed il possesso si risolve sempre colla prevalenza del primo (1). Così, anche in tale ipotesi, il figlio potrebbe reclamare uno stato diverso da quello che gli attribuisse l'atto di sua nascita, diverso anche da quello che gli risultasse dal possesso; purchè sempre provasse, col mezzo dei testimoni, d'essere stato *iscritto sotto falsi nomi.* Nel caso di *supposizione o sostituzione di parto,* l'art. 174 ammette la prova della filiazione per testimoni, *ancorchè vi sia un atto di nascita conforme al possesso di stato;* molto più dunque se vi sia *il titolo senza possesso,* o *il possesso senza titolo,* o un *titolo ed un possesso contraddittorii fra loro* e dimostranti sì l'uno che l'altro uno stato diverso da quello che si reclama e che si vuol provare con testimoni.

La disposizione dell'articolo 174 è da considerarsi come avente carattere di *eccezione;* in quanto che deroga al principio generale, secondo cui la prova della filiazione legittima dovrebbe risultare dall'atto di nascita, o in mancanza di esso dal possesso continuo dello stato di figlio legittimo (art. 170, 171 cod. civ.). Conseguentemente i casi compresi nella citata disposizione sono da riguardarsi come determinati tassativamente (2). E dalle cose premesse risulta come i predetti casi possano essere classificati nel modo seguente:

1° *Mancanza completa sì di titolo che di possesso;*

2° *Esistenza di un atto di nascita da cui risulti uno stato contrario a quello che il figlio alleghi senza averne il possesso;*

3° *Esistenza d'un possesso di stato* non appoggiato a titolo, e contrario alle pretensioni del figlio;

4° *Esistenza d'un possesso e d'un titolo* contraddittorii

---

(1) V. sopra, n. 69, pag. 542-543.

(2) V. decis. 11 aprile 1870 della Corte di cassazione di Napoli (*Gazz dei Trib.*, XX, 23, 186).

l'uno rispetto all'altro, e contrari amendue alle pretensioni del figlio;

5° *Conformità del titolo e del possesso*, ma con supposizione o sostituzione di parto.

Di ciascuno di questi casi verremo ora a discorrere separatamente.

79. *a*) Il primo dei casi in cui può essere ammessa la prova della filiazione per testimoni abbiamo detto essere quello in *cui manchino ad un tempo il titolo ed il possesso di stato*. E parlammo di *mancanza del titolo*, anzichè di *mancanza dell'atto di nascita*; perchè può verificarsi effettivamente che siavi l'atto di nascita del figlio, ma esso non gli valga *titolo della filiazione legittima* da lui reclamata, il che evidentemente equivale per ciò che riguarda la *prova della filiazione* stessa. Così avverrà se la nascita del figlio sia stata denunciata all'uffizio dello stato civile, ma dichiarandolo *nato da genitori incerti*, o se sia stata dichiarata *sconosciuta anche la sola madre* (1). Ma non potrebbe dirsi altrettanto dei casi in cui, essendo enunciata nell'atto come madre una donna maritata, vi fosse espresso il solo suo nome di famiglia, od ella vi fosse esplicitamente dichiarata per nubile, o fosse detto incerto il padre, od anche ne fosse enunciato uno diverso dal marito; poichè in tutti questi casi *l'atto di nascita, congiuntamente alla presunzione stabilita dall'art.* 159 *cod. civ.*, *farebbe ugualmente prova anche della paternità legittima del marito stesso*, nè quindi potrebbesi dire *mancante il titolo della filiazione legittima*.

Sotto l'unica espressione di *mancanza di titolo e di possesso* noi comprendiamo adunque due dei casi accennati nell'articolo 174 con queste parole: “ quando appunto “ *mancano l'atto di nascita ed il possesso di stato*, o quando “ il figlio fu iscritto..... *come nato da genitori incerti* „. E

(1) V. sopra, n. 66, pag. 515; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 458; Demante, *Cours analyt.*, t. II, n. 49; Aubry et Rau, t. VI, § 544, 3°.

possiamo dire genericamente, che quando una persona si trovi nella impossibilità di produrre *il titolo della propria filiazione legittima*, e di supplire alla mancanza di questa produzione, facendo constare il *possesso continuo dello stato corrispondente*, è ammesso a farne prova con testimoni, sotto le condizioni stabilite dagli articoli 174 e seguenti (1).

Non è necessario che la mancanza di produrre il titolo di filiazione sia giustificata da una di quelle cause speciali, che, a termini dell'articolo 364, fanno luogo a supplire, con documenti, scritture o testimoni, alla *mancanza dei registri* dello stato civile. Questa proposizione è comprovata abbastanza dalla generalità dei termini in cui è concepito l'articolo 174, che parla di *mancanza dell'atto di nascita*, senza distinguere quale sia la causa di tale mancanza; e dalla considerazione che nello stesso articolo è assomigliato al caso di mancanza dell'atto di nascita, quello in cui esso sia presentato, ma sostenendo di esservi *iscritto sotto falsi nomi*. D'altro lato era ben naturale che quelle speciali condizioni a cui potevasi subordinare l'ammissione della *sola prova testimoniale*, per supplire *a qualunque atto dello stato civile*, non avessero a richiedersi nel caso di mancanza del titolo di filiazione legittima, per non precludere la via alla dimostrazione di uno stato personale di tanta importanza, quando d'altra parte si tratta di ammetterne la prova testimoniale, non isolata, ma confortata da principii di prova per iscritto o da altre presunzioni ed indizi gravi. Tutt'altro che dover giustificare la mancanza di produzione del titolo colla prova d'una delle cause indicate nell'articolo 364, il figlio, per giovarsi della disposizione dell'art. 174, non avrebbe anzi nemmeno bisogno di allegare o provare una causa qualunque di non produrre il titolo; o, in altri termini, non avrebbe bisogno di provare *la mancanza stessa del titolo*. Questa mancanza

(1) V. Aubry et Rau, t. VI, § 544, 3°, 4ª edizione.

deve naturalmente presumersi per ciò stesso che il titolo non è prodotto da nessuna delle parti che vi avrebbero interesse. Valgono qui pure le stesse considerazioni che sopra abbiamo fatte intorno alla *mancanza del titolo*, necessaria per far luogo alla prova della filiazione col mezzo del *possesso di stato*, giusta l'art. 171 (1). Vi è veramente una opinione contraria, secondo la quale chi domandasse di essere ammesso alla prova per testimoni, dovrebbe innanzi tutto somministrare una qualche dimostrazione della mancanza del titolo. Altrimenti, si osserva, potrebbesi incontrare il pericolo d'una decisione erronea e soggetta ad essere smentita dalla scoperta, che più tardi si facesse, del documento non prodotto. L'attore, dicesi, dovrà dunque consultare i registri del luogo ove sappia di essere nato, o non essendone certo, quello del luogo ove dimoravano abitualmente i genitori, e provare che ivi manchi l'atto di sua nascita (2). Ma l'attore può ignorare, non meno del luogo in cui la sua nascita sia avvenuta, quello pure ove fossero domiciliati o residenti a quel tempo i suoi genitori, e può quindi trovarsi nella impossibilità di provare in qualsiasi modo la *mancanza del proprio atto di nascita;* nè sarebbe giusto che ciò gli facesse ostacolo a potere rivendicare lo stato legittimo a lui spettante, approfittando del benefizio dell'articolo 174; il quale, del resto, non richiede punto che *sia provata la mancanza del titolo*, ma ammette la prova testimoniale ogni qualvolta *manchi l'atto di nascita;* il che vale quanto dire che tale atto *non sia prodotto in giudizio da nessuna delle parti contendenti*, nè dal figlio per trarne la prova più facile e più pronta del proprio stato legittimo, nè dall'avversario per dimostrare che colui abbia uno stato diverso da quello che invoca. I temuti inconvenienti non potranno che essere molto rari, poichè se l'atto di nascita veramente esista, esso, presumibilmente, sarà prodotto

---

(1) V. sopra, n. 73, pag. 583-584; Aubry et Rau, l. c., n[a] 22.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 174, t. I. § 420, n. II *a*, pag. 658, 659.

dall'una o dall'altra delle parti contendenti al cui assunto esso giovi; e se mai, simili inconvenienti non saranno maggiori di quelli che si verificano ogni volta che, dopo pronunciata una sentenza, vengano a scoprirsi documenti decisivi in senso contrario a quello della sentenza stessa.

80. *b*) Il secondo caso di ammissibilità della prova testimoniale è quando l'atto di nascita del figlio sia contrario allo stato legittimo da lui invocato, del quale gli manchi inoltre il possesso. Il figlio, a cui viene opposto un atto di nascita che gli darebbe uno stato diverso da quello che egli intende attribuirsi, è allora ammesso a provare per testimoni la vera sua filiazione legittima, a condizione che egli riesca con quel mezzo di prova a dimostrare o di *essere stato iscritto sotto falsi nomi*, o che sia stata fatta una *supposizione* od una *sostituzione di parto* (art. 174 cod. civ.). La fede che la legge attribuisce all'atto di nascita, anche per ciò che riguarda la prova della filiazione legittima, è fondata sopra motivi di troppo grave interesse privato e pubblico per poter concedere la facoltà di distruggerla in ogni caso colla semplice prova in contrario per testimoni: ma quando s'impugni la veracità delle dichiarazioni fatte davanti all'uffiziale pubblico dai privati comparenti, e si proponga all'uopo di dimostrare che sia stata *falsa la dichiarazione dei nomi dei genitori* o che sia avvenuta una *supposizione* od una *sostituzione di parto*, non potrebbesi giustamente rifiutare l'uso della prova per testimoni, solo mezzo con cui possa raggiungersi lo scopo; nè potrebbesi giustamente costringere per tal modo il figlio a rimanere vittima d'un reato (art. 361 cod. pen.).

Un valente commentatore del nostro codice disse che " di un'altra *osservazione generale* conviene tener conto " nell'interpretazione dell'articolo 174, ed è, che la disposizione ivi contenuta autorizza il figlio a *disconoscere una* " *qualità od uno stato attribuitogli dall'atto di nascita e dal* " *possesso conformi al medesimo*, ma non mai a crearsi un

“ nuovo stato dipendente da filiazione naturale..... perchè
“ la paternità illegittima, nei casi in cui è dato rintracciarla,
“ la si deve ricercare con criterii speciali imposti dal legis-
“ latore, e non già colle norme relative alla filiazione
“ legittima „ (1).

L'autore citava in appoggio di questa sua teoria una sentenza, nella quale fu dichiarato che “ ognuno è facol-
“ tato ad impugnare il proprio *atto di nascita che è scritto*
“ *sotto falso nome*, e pretendere una filiazione diversa, al-
“ lorchè i suoi veri genitori sono congiunti in matrimonio;
“ ma non potrebbe aspirare ad una filiazione naturale da
“ parte del genitore „ e che “ attaccandosi una falsa dichia-
“ razione di nascita inserita nei pubblici registri, si può
“ bene riuscire a scardinare uno stato, ma non si giungerà
“ mai a sostituire, nè a pro del figlio, nè contro di esso,
“ un'altra filiazione naturale da parte del suo genitore „ (2).

Per conoscere quanto possa esservi di vero in queste proposizioni, giova premettere qualche distinzione di casi.

Qualora chi reclama lo stato di una determinata filiazione legittima sia iscritto nei registri di stato civile come *nato da genitori incerti*, è manifestamente impossibile parlare di conformità dell'atto di nascita e del possesso di stato; perchè l'essere iscritto come *figlio d'ignoti* equivale — *per quanto riguarda la filiazione* — a mancanza dell'atto di nascita, laonde sarebbe assurdo il supporre che potesse ad esso trovarsi conforme il possesso che il reclamante avesse di un qualunque stato di filiazione. Se invece il reclamante alleghi d'essere stato iscritto nell'atto di nascita *sotto falsi nomi* de'suoi genitori, ovvero che sia avvenuta una *supposizione o sostituzione di parto*, di cui le enunciazioni contenute nell'atto di nascita siano il risultato, può darsi che il reclamante abbia realmente il pos-

---

(1) V. Ricci, *Corso teor. prat. di dir. civ.*, vol. I, n. 263.

(2) V. sentenza 13 luglio 1872 della Corte d'appello di Trani (*Ann.*, VI, 2, 527).

sesso di quel medesimo stato di filiazione che risulterebbe dal suo atto di nascita. Ma è poi vero — come lo afferma il *Ricci* sotto la forma di *osservazione generale per l'interpretazione dell'articolo* 174 — che in tutti i predetti casi egualmente sia lecito al figlio di *disconoscere lo stato attribuitogli dall'atto di nascita e dal possesso conforme al medesimo*, reclamando uno stato di filiazione legittima diverso? È di ciò che non sappiamo persuaderci.

Ricordiamo i termini testuali dell'articolo 174.

" Quando mancano l'atto di nascita ed il possesso di " stato, o quando il figlio fu iscritto sotto falsi nomi, o " come nato da genitori incerti, ovvero si tratta di suppo- " sizione o sostituzione di parto, *ancorchè in questi due* " *ultimi casi vi sia un atto di nascita conforme al possesso* " *di stato*, la prova di filiazione può darsi col mezzo di " testimoni ". Coll'ammettere la prova testimoniale contro i risultamenti dell'atto di nascita, non ostante la conformità di essi col possesso di stato, la legge fa eccezione al principio fondamentale stabilito nel precedente art. 173, che non ammette reclamo contro lo stato attribuito ad una persona dall'atto di nascita di figlio legittimo e dal possesso conforme: eccezione che forse sarebbe stata meglio collocata nello stesso articolo 173; ma, ad ogni modo, appunto perchè è eccezione, e tanto più perchè restringe l'applicazione di un principio importantissimo di eminente ordine pubblico, non è lecito estenderla oltre i casi espressamente contemplati dal legislatore. Ora l'art. 174 limita espressamente questa sua eccezione *agli ultimi due casi* precedentemente indicati, che sono quelli di *supposizione* o di *sostituzione* di parto. Non è dunque ammissibile che chi dai registri di nascita apparisca figlio legittimo di determinati genitori ed abbia inoltre il possesso conforme di tale stato, possa impugnarlo e reclamare uno stato legittimo diverso, proponendo di provare col mezzo di testimoni di essere stato iscritto nell'atto di nascita *sotto falsi nomi*.

Benchè la Corte di Trani, e con essa il *Ricci*, abbiano opinato — erroneamente, a nostro modo di vedere — che l'articolo 174 autorizzi colui che figuri nell'atto di sua nascita come figlio legittimo di determinate persone, *ed abbia il possesso di stato conforme*, a poter impugnare quell'atto allegando d'esservi iscritto sotto falsi nomi dei genitori, ed a chiedere d'essere dichiarato invece figlio legittimo d'altre persone, hanno tuttavia ritenuto ch'egli non potrebbe invece reclamare uno stato di filiazione naturale, sostenendo d'esser nato da altri genitori non congiunti in matrimonio. " Attaccandosi — ripetiamo le " parole della Corte di Trani — una falsa dichiarazione di " nascita inserita nei pubblici registri, si può bene riuscire " a scardinare uno stato, ma non si giungerà mai a sosti- " tuire, nè a pro del figlio, nè contro di esso, un'altra " filiazione naturale ".

Anche intorno a ciò, per altro, non ci sembra superflua qualche più particolare riflessione.

Tra l'impugnazione d'un atto di nascita, perchè contenente talune dichiarazioni dei comparenti, le quali non siano conformi al vero, e la reclamazione di uno stato di filiazione diversa da quella che l'atto predetto farebbe apparire, non corre una relazione necessaria nel senso che quella non possa andar disgiunta da questa: perchè si può riparare alla difformità dal vero che siavi nell'atto di nascita, mediante domanda di rettificazione a termini degli articoli 401-403 cod. civile, senza proporre istanza di reclamazione d'uno stato diverso da quello che l'atto medesimo recherebbe. Vero è che in fatto si verifica nel massimo numero dei casi l'opposto, allorchè viene impugnato un atto di nascita come contenente l'enunciazione di falsi nomi dei genitori; perchè quasi sempre una tale impugnazione è fatta precisamente allo scopo di ottenere dall'autorità giudiziaria la dichiarazione di uno stato di filiazione diverso da quello che l'atto di nascita attribuirebbe al reclamante. Ma allora è una distinta istanza che si

aggiunge all'altra senza confondersi insieme, ed anzi conservando ciascuna i caratteri giuridici, le condizioni di esercibilità, le norme di legge circa i mezzi di prova, e gli effetti particolari che di ciascuna sono proprii. Così, quando taluno eleva controversia sul suo atto di nascita, allegando che vi siano stati enunciati sotto falsi nomi quelli che apparirebbero per suoi genitori legittimi, potrebbe anche limitarsi a chiedere la rettificazione dell'atto colla cancellazione dei falsi nomi dei genitori, preferendo, forse, di comparire come nato da genitori ignoti, anzichè figurare falsamente come avente una origine che gli sarebbe di vergogna. Ma per lo più accadrà veramente che egli agirà coll'intento di sostituire a quello falsamente attribuitogli uno stato di filiazione diversa. E qualora avesse formolata l'istanza nel senso d'impugnare l'atto come falsamente enunciante quali suoi genitori legittimi due coniugi, ai cui nomi dovessero sostituirsi per la verità quelli di altre persone parimente congiunte in matrimonio, sarebbero in realtà comprese in quella le due distinte domande, di rettificazione dell'atto di nascita e di reclamazione dello stato di filiazione legittima verso i veri genitori dall'instante indicati.

Ma se il reclamante non ha ragione di pretendere uno stato di filiazione legittima diverso da quello attribuitogli dal suo atto di nascita, in cui egli afferma essere stati indicati sotto falsi nomi i genitori; se invece sostiene di esser nato da altre persone non congiunte fra loro in matrimonio, potrà egli, o non potrà, reclamare verso queste ultime lo stato di filiazione naturale? Questa è la questione, a cui la Corte di Trani e il *Ricci* risposero con una negativa assoluta, della quale non possiamo dichiararci convinti. Nel caso supposto, l'istanza del reclamante ha due oggetti distinti, per ciascuno dei quali la domanda stessa — come dimostrammo — conserva i caratteri e va soggetta alle norme particolari proprie rispettivamente dell'uno e dell'altro di quegli oggetti. Ora, quando il

reclamante, impugnando l'atto di nascita nel quale afferma d'essere iscritto sotto falsi nomi di padre e madre legittimi, domandasse che fosse invece dichiarato suo padre naturale il tale, gli risponderebbe l'articolo 189 del codice civile, secondo il quale " le indagini sulla paternità non " sono ammesse, fuorchè nei casi di ratto o di stupro " violento, quando il tempo di essi risponda a quello del " concepimento „.

Colui che impugna l'atto di sua nascita, nel quale afferma d'essere stato iscritto sotto falsi nomi di genitori legittimi, non potrebbe dunque proporre domanda per essere dichiarato figlio naturale d'un altro padre, se non col carico di provare che questi si fosse reso reo di ratto o di stupro violento, ed in tal tempo che coincidesse con quello del concepimento; le quali prove, del resto, potrebbe somministrare col mezzo di testimoni, secondo i principii comuni. Della maternità poi essendo sempre ammesse le indagini e permessa la prova per testimoni, sotto le condizioni stabilite dall'articolo 190, quegli che impugna il suo atto di nascita per esservi enunciati sotto falsi nomi i genitori attribuitigli come legittimi, potrebbe contemporaneamente chiedere che fosse dichiarato esser egli figlio naturale della tal donna, provando d'essere identicamente quel medesimo che fu da lei partorito; del che tutto sarebbe proponibile la prova per testimoni, purchè vi fosse già un principio di prova scritta, o le presunzioni e gl'indizi risultanti da fatti già certi fossero dall'autorità giudicante riconosciuti abbastanza gravi per determinare l'ammissione della predetta prova.

Tale parrebbe a noi la risoluzione vera della questione, differentemente dalla teoria professata dalla Corte di Trani e dal *Ricci*, secondo la quale dovrebb'essere assolutamente esclusa la proponibilità della reclamazione dello stato di filiazione naturale e della prova testimoniale, non solo quanto alla paternità, ma pure in riguardo alla maternità.

80 *bis*. L'ipotesi della iscrizione del figlio *sotto falsi nomi*, ha dato luogo ad un'altra difficoltà, variamente risolta dagli interpreti, intorno al vedere se per rendere in questo caso ammissibile la prova testimoniale sia o no necessario proporre *querela di falso* contro l'atto portante quella contestata indicazione. Alcuni professano l'affermativa, ed estendono anzi questa decisione anche al caso in cui il figlio sia stato iscritto nel suo atto di nascita come *nato da genitori incerti* (1). Altri invece reputano che sì nell'una come nell'altra ipotesi la prova testimoniale della filiazione legittima possa aver luogo senza bisogno di ricorrere alla querela di falso contro l'atto di nascita, trattandosi di contestare la verità di dichiarazioni fatte dai comparenti, non già d'impugnare fatti che l'uffiziale dello stato civile abbia attestati come avvenuti alla sua presenza (2). Quest'ultima opinione sembra da adottarsi, come quella che è conforme al testo dell'articolo 363 del nostro codice, ed alle teorie che già dimostrammo intorno gli effetti della prova risultante dall'atto di nascita per la filiazione legittima (3).

81. *c*) Quando lo stato preteso dal figlio, a cui ne manchi *il titolo*, sia in opposizione col possesso che egli abbia d'uno stato contrario, egli può tuttavia provare per testimoni la filiazione reclamata. Se il possesso fosse conforme alla pretensione del figlio, non potrebbe esser caso, s'intende, di prova testimoniale; perciocchè la filiazione sarebbe allora dimostrata pienamente, *nella supposta mancanza del titolo*, con un mezzo prevalente a quello dei testimoni, cioè col *possesso di stato* (art. 171 codice civile);

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Maternité*, n. 6; Proudhon, t. II, ch. I, sect. III, § 2, n. 3; Zachariae, t. II, § 547 *bis*, n^a^ 23, 2^a^ ediz. Bruxelles.
(2) V. Toullier, t. II, n. 905; Valette sur Proudhon, l. c., n. (*a*), pag. 89; Demolombe, t. V, n. 239; Aubry et Rau, t. VI, § 544, n^a^ 24, 4^a^ edizione; Laurent, t. III, n. 415, pag. 522; Borsari, *Comm.*, art. 174, t. I, § 431.
(3) V. sopra, n. 69 *bis*, I, pag. 545-548.

sussistendo il quale non sarebbe anzi neppur supponibile un'*azione in reclamazione*. Ma se invece il figlio si trovi bensì in possesso d'uno stato, sia pure legittimo, ma diverso da quello a cui egli pretende, non potrà essergli negata la prova per testimoni: mentre ha in proprio favore il testo dell'art. 174, poichè manca ad un tempo del *titolo* e del *possesso di quello stato che invoca*, e mentre gli è vietato di reclamare uno stato diverso da quello che gli sia attribuito dal possesso, solo allora che questo sia *conforme all'atto di nascita* (art. 173, § 1, cod. civ.) (1). Parimente il possesso d'un determinato stato legittimo a favore del figlio non impedirebbe a persone interessate in contrario di contestargli quello stato, provando con testimoni che si dovesse attribuirgliene uno diverso; poichè solamente la conformità di quel possesso coll'atto di nascita vieterebbe una tale contestazione, a termini dell'art. 173, al[a]., c. c.

82. *d*) S'incontra una più grave complicazione allorchè non manchi al figlio nè un atto di nascita, nè un possesso di stato, ma questi due mezzi di prova, i quali quando fossero conformi renderebbero irrepugnabile per chiunque la dimostrazione dello *stato legittimo* (art. 173 cod. civile), siano invece in opposizione l'uno a fronte dell'altro. Sarà lecito allora di somministrare per testimoni la prova del vero stato del figlio? Annunziato questo quesito in una formola così generale, la risposta non potrebbe essere che affermativa, per coerenza alla massima già sopra dimostrata: che cioè, essendo vietato al figlio di reclamare uno stato diverso, e agli altri di contestargli lo stato che possiede, solo *quando possesso e titolo siano conformi*, la contraddizione tra l'uno e l'altro deve dunque necessariamente rendere ammissibile la prova testimoniale per dirimere quel conflitto. Tuttavia, piutto-

(1) V. Demolombe, t. V, n. 241; Aubry et Rau, t. VI, § 544, n[a] 23, 4[a] ed. Laurent, t. III, n. 416.

stochè appagarsi di questa semplice affermazione generale, gioverà esaminare dappresso e particolarmente i casi diversi che in concreto possono verificarsi.

Può supporsi, in primo luogo, che nella contrarietà esistente tra l'atto di nascita e il possesso di stato, quello sia conforme alla pretensione del figlio, mentre questo vi sia contrario. Ma allora non potrebbe esser caso pel figlio di una vera *reclamazione* di quello stato che dovrebbe considerarsi come *posseduto in diritto* da lui, per virtù dei risultamenti del suo atto di nascita e l'azione che egli instaurasse non potrebbe avere altro oggetto che di procurarsi i vantaggi attinenti allo stato legittimo, che già legalmente risulterebbe in suo favore. Nè certamente potrebbesi far luogo a provare per testimoni uno stato di filiazione che già constasse pel primo e più natural mezzo di prova, qual è l'atto di nascita, contro cui non può aver forza bastante il possesso di fatto in contrario. D'altra parte però, se fosse invece un'altra persona interessata che *muovesse controversia al figlio* sopra lo stato legittimo che risultasse in favore di lui dall'atto di sua nascita; mentre a quella persona non potrebbe certamente bastare, per distruggere gli effetti del titolo, l'addurre il fatto del possesso contrario, non le si potrebbe tuttavia negare di completare la prova col mezzo dei testimoni, alla cui ammissibilità potrebbe servir anzi di fondamento la *presunzione*, *l'indizio grave* emergente appunto dal possesso di stato opposto ai risultamenti, che si combatterebbero, dell'atto di nascita (art. 173, al.ª, e 174 cod. civ.) (1).

Una seconda ipotesi può porsi; che cioè tra l'atto di nascita e il possesso contraddittorio, quello sia opposto ne' suoi risultamenti alle pretensioni del figlio, mentre questo vi sia conforme. Allora però è manifesto che, essendo già di fatto in possesso di quello stato a cui pre-

(1) V. decis. 23 novembre 1869 della Corte d'appello di Napoli (*Giur It.*, XXI, I, 747).

tende, non sarà il figlio che agirà in *reclamazione* dello stato medesimo; nè quindi potrà esser caso per lui di provare per testimoni una simile filiazione. Se mai egli abbia a promuovere un'azione, non sarà che per ottenere la *rettificazione dell'atto di nascita;* ed a questo si limiterebbe, come già osservammo, tutto il procedimento, *fino a che da persone interessate in contrario non si muovesse controversia al figlio sopra lo stato legittimo da lui posseduto.* Ma se fosse iniziata questa contestazione che avrebbe appoggio nell'atto di nascita, non rimarrebbe al figlio altro mezzo fuor di quello, che non potrebbe essergli negato, di impugnare i risultamenti dell'atto stesso di sua nascita, adducendo di esservi stato iscritto *sotto falsi nomi,* od allegando una *supposizione* od una *sostituzione di parto,* e provando per testimoni, sotto le condizioni stabilite dall'art. 174, la vera sua filiazione conforme al possesso che in fatto godesse.

Da ultimo può supporsi ancora che, essendo in contraddizione tra loro l'atto di nascita ed il possesso, in questo solo siano conformi, d'essere opposti sì l'uno che l'altro alle pretensioni del figlio. Questi allora sarà, fuor di dubbio, ammissibile a provare col mezzo dei testimoni il vero stato di filiazione legittima ch'egli reclami, poichè non gli osterà certamente la disposizione dell'art. 173, § 1°, non essendo conformi, anzi essendo contraddittorii l'uno all'altro, l'atto di nascita ed il possesso ch'egli si propone di combattere contemporaneamente. Solo, appunto perchè tratterebbesi d'impugnare i risultamenti anche dell'atto di nascita, che sarebbe la prova normale e precipua dello stato del figlio, non potrebb'egli farlo se non allegando e dimostrando, a termini dell'articolo 174, o d'essere stato *iscritto sotto falsi nomi,* o che fosse avvenuta una *supposizione* od una *sostituzione di parto.*

83. *e*) L'ultimo dei casi di ammissibilità della prova testimoniale è quello in cui siavi *conformità dell'atto di*

nascita e del possesso di stato, ma si alleghi in contrario la *supposizione* o la *sostituzione di parto*. I motivi pei quali il legislatore s'indusse a far eccezione, per questi casi, al principio generale secondo cui è irrepugnabile la prova di filiazione legittima che risulti dall'atto di nascita e dal possesso conformi, e la estensione che a questa eccezione devesi attribuire, secondo il testo e lo spirito dell'art. 174, ebbero già una dimostrazione che ci parve sufficiente allorchè commentammo l'art. 173 (1). E dimostrammo allora parimente, che nei casi di allegata supposizione o sostituzione di parto la prova per testimoni, appoggiata a principio di prova per iscritto od a presunzioni od indizi gravi, può essere addotta anche contro i conformi risultamenti dell'atto di nascita e del possesso di stato, non solo dal figlio per reclamare uno stato diverso, ma ancora da altre persone aventi interesse opposto, per contestargli quello stato ch'egli possiede. Intorno a tutto ciò non abbiam dunque che a riferirci allo sviluppo che di queste teorie fu dato nel luogo sopra rammentato.

84. In tutte le ipotesi accennate nei numeri precedenti, nelle quali si può provare per testimoni la filiazione legittima, l'ammissibilità di quel mezzo sussidiario è però sempre subordinata ad una condizione, della quale già indicammo le ragioni (2), e che consiste nel dover essere già dimostrata la probabilità dell'allegazione che si chiede di provare completamente per testimoni, in forza della preesistenza d'un principio di prova per iscritto o di presunzioni ed indizi gravi. In questo senso dispone infatti l'art. 174, § 2°: " Questa prova non può essere ammessa " che allorquando vi sia *un principio di prova per iscritto*, " o quando le presunzioni e gl'indizi, risultanti da fatti già " certi, si trovino abbastanza gravi per determinarne la " ammissione ".

---

(1) V. sopra, n. 77 *bis*, II, pag. 601-603.
(2) V. sopra, n. 78, pag. 610-614.

Prima di accingerci ad esaminare quali siano i caratteri del *principio di prova scritta*, e di quali elementi possa esso costituirsi, ci è d'uopo volgere l'attenzione ad una controversia vivissimamente agitata nella dottrina, e riguardante la stessa applicabilità generale di questa condizione, apposta dalla legge all'ammissibilità della prova testimoniale per la filiazione legittima. L'art. 174 non fa distinzioni: sicchè sembrerebbe che *in qualunque caso di mancanza dell'atto di nascita e del possesso di stato* fosse necessario, per farsi ammettere a provare la filiazione con testimoni, il produrre, avanti tutto, un principio di prova per iscritto o il poter allegare presunzioni od indizi gravi. Ma l'art. 364 prevede pure un caso speciale di mancanza dell'atto di nascita, quello in cui non siano stati tenuti, o siano stati distrutti o smarriti in tutto od in parte, o siano interrotti i registri in cui quell'atto dovrebb'essere iscritto; ed allora ammette la *prova della nascita tanto per documenti o per iscritture, quanto per testimoni*, senza esigere per quest'ultimo caso un *principio di prova per iscritto*. Come dunque possono conciliarsi queste disposizioni?

Si dovrà ritenere necessario *in tutti i casi*, secondo l'articolo 174, il principio di prova scritta allorchè si tratti veramente di provare per testimoni la *filiazione legittima*, e sufficiente la *sola prova per testimoni*, giusta l'art. 364, unicamente quando si tratti di provare con quel mezzo *il solo fatto della nascita?* Oppure si richiederà il principio di prova per iscritto solo quando manchi l'atto di nascita nel registro, che, nel resto, sia regolarmente tenuto, e allorchè invece si adduca la mancanza, la distruzione, lo smarrimento, l'interruzione del registro stesso in cui l'atto di nascita dovrebbe trovarsi iscritto, si potrà provare la filiazione per testimoni anche senza l'appoggio del principio di prova? Tali ci sembrano i veri termini della questione; sebbene gli autori francesi la pongano diversamente, domandando se l'art. 46 di quel codice (a cui corrisponde il 364 del codice Italiano) debba riguardarsi *come arre-*

cante eccezione alla massima generale stabilita nell'art. 323 codice Francese, da cui fu tratto il 174 del codice nostro. E mentre alcuni, respingendo qualunque idea di eccezione che l'una di queste disposizioni apporti all'altra, sostengono che anche nel caso di mancanza o perdita *dei registri* sia necessario un principio di prova per iscritto, od un complesso di gravi indizi e presunzioni, e la prova testimoniale *sola* non sia ammissibile fuorchè quando si tratti unicamente di provare *il fatto della nascita* e il tempo in cui essa avvenne (1); altre non meno gravi autorità stanno in favore della massima che a rendere ammissibile la prova testimoniale, quando pure essa non sia addotta per far constare semplicemente il fatto e il tempo della nascita, ma veramente *per la filiazione*, non sia però necessario un principio di prova per iscritto, nè appoggio di presunzioni ed indizi gravi, qualora si alleghi la mancanza non *del solo atto di nascita* del quale si tratterebbe, ma *del registro* in cui quell'atto dovrebb'essere iscritto (2). Così pure tra gli scrittori nostri, alcuni stanno per la prima (3), altri per la seconda opinione (4).

Se non che non è forse esatto, come già altrove accennammo, questo modo di considerare la questione, quasichè essa dovesse volgersi intorno a definire se la disposizione dell'art. 364 abbia o no da riguardarsi come una *limitazione di quella generale che è contenuta nell'altro art.* 174, *alinea.* Anche nel concetto di chi avvisa che la *mancanza dei registri,* in cui l'atto di nascita dovrebbe trovarsi iscritto, faccia luogo a provare *la filiazione* per testimoni *senza principio di prova scritta*, questa massima non forma però *eccezione* all'altra che, in caso di *mancanza dell'atto*

(1) V. Delvincourt, t. I, pag. 35, n. 3; Toullier, t. II, n. 887; Proudhon, t. II, ch. I, sect. III, § 2, pag. 101-102; Marcadé, art. 46, § IV, art. 323, § II.

(2) Duvergier sur Toullier, l. c.; Valette sur Proudhon, l. c., n^a (*a*); Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n. 460; Aubry et Rau, t. VI, § 544, n. 22, 4^a ediz.; Demolombe, t. I, n. 326, t. V, n. 234; Laurent, t. III, n. 425.

(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 174, vol. I, § 429.

(4) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, lib. I, m. 480, pag. 330.

di nascita nei registri regolarmente tenuti, se vogliasi far prova della filiazione per testimoni, si richieda un principio di prova per iscritto. Secondo questa dottrina gli articoli 174 e 364 contemplano due casi affatto distinti: l'uno la *mancanza d'un solo atto*, l'altro la *mancanza del registro*, in cui quell'atto dovrebbe contenersi. E l'essere corrispondentemente regolato con norme differenti ciascuno di questi casi, non può far considerare l'una delle disposizioni recanti tali norme come una limitazione dell'altra. Amendue le riferite dottrine tendono in fatti a rilevare una differenza fondamentale tra i casi rispettivamente contemplati negli articoli, sulla interpretazione dei quali si agita la controversia. Solo, nell'opinione degli uni quella differenza consisterebbe nel domandarsi di *provare la filiazione* (art. 174) piuttostochè il semplice *fatto della nascita* (art. 364); mentre secondo gli altri, riferendosi anche l'art. 364 alla *prova della filiazione*, la differenza starebbe soltanto nel considerarsi in uno di quegli articoli la *mancanza particolare dell'atto di nascita* (art. 174), nell'altro la *mancanza del registro*. Insistemmo in questa avvertenza, parendoci che essa possa avere qualche influenza eziandio nella risoluzione della questione; giacchè più difficilmente dovrebbe ammettersi nell'art. 364 una interpretazione per la quale si rendesse necessario considerarlo come una *eccezione* alla disposizione generale d'un altro articolo, il 174, che nella espressione assoluta dei suoi termini non lascia campo a veruna distinzione.

Ciò premesso, la ricerca principale a farsi sembra dunque che debba avere per iscopo di determinare se nell'art. 364 si consideri la *prova del solo fatto della nascita*, o la prova eziandio *della filiazione;* chè nella prima ipotesi sarebbe evidente rimanere applicabile alla *prova della filiazione* il solo articolo 174, e richiedersi quindi per l'ammissibilità della prova testimoniale il *principio di prova* per iscritto o per presunzioni, *in tutti i casi,* quand'anche fosse addotta la *mancanza dei registri;* nell'altra ipotesi, al contrario,

essendo applicabili alla *prova della filiazione* amendue gli articoli predetti, non resterebbe altra via di conciliazione ragionevole, fuorchè ritenendo che l'articolo 174 dovesse osservarsi pienamente, e senza distinzione di casi, ogni qualvolta si trattasse di mancanza particolare di quel determinato atto di nascita in un registro regolare per tutto il resto, e l'articolo 364 valesse invece pel solo caso di mancanza, distruzione, smarrimento o interruzione di registri, che vi è diffatti espressamente contemplato. Qualora poi sembri da abbracciare piuttosto quest'ultimo ordine di idee, è ancora da esaminare se e con quali ragioni possa giustificarsi la differenza che ne risulterebbe tra i casi di *mancanza dell'atto* e di *mancanza del registro*, ritenendosi nel primo *necessario il principio di prova*, e nel secondo *ammissibile senz'altro la prova testimoniale*. E se questa giustificazione ne emerga abbastanza perfetta, sarà tanto meglio raffermata la dottrina che professa una tale opinione.

L'articolo 364 dichiara che nei casi ivi contemplati " *sarà ammessa la prova della nascita*..... per testimoni ". E da queste espressioni vorrebbero alcuni dedurne, per interpretazione letterale, che si trattasse di sola prova *della nascita*, non della *filiazione*. Così, dicono essi, " un " uomo può essere in possesso pacifico del proprio stato, " godendo di tutti i diritti che ne dipendono, e tuttavia " abbisognare del proprio atto di nascita per far constare " dell'età sua, per dimostrare, ad esempio, d'essere mag- " giorenne. Sarà solamente in questo caso, ed altri somi- " glianti, che si potrà supplire ai registri colla prova vo- " cale, senza principio di prova per iscritto, perchè, *non* " *essendo contestata la filiazione*, anzi essendo accertata dal " possesso di stato, essa è totalmente estranea all'oggetto " della prova (art. 46 cod. Fr.).

" Ma se, al contrario, dalla prova della nascita debba " risultare quella della filiazione, la prova testimoniale non " potrà essere ammessa che in quanto sia preceduta da " un principio di prova per iscritto, o da fatti che rendano

“ verosimile l'allegazione dell'attore (articolo 323 codice “ Francese) „ (1).

Ma sembra veramente che si dia con ciò una interpretazione troppo restrittiva alle parole — *prova della nascita* — usate nella legge. Non vi si parla, è vero, di *prova della filiazione*; ma di questo si ha una spiegazione molto facile e decisiva. “ L'oggetto dell'articolo 46 cod. Fr. (corrispon- “ dente al 364 del cod. It.) non è di determinare *che cosa* “ *provino* gli atti di nascita e la testimonianza. Suo solo “ scopo è di determinare *in quali casi e sotto quali condi-* “ *zioni l'atto non iscritto sui registri possa essere sostituito* “ *dalle dichiarazioni dei testimoni*. Quanto alla prova risul- “ tante dagli atti di nascita, ne è trattato nel titolo della “ paternità; e là leggiamo che *l'atto di nascita fa prova* “ *della filiazione quando si tratta di figli legittimi* „ (2). Osservammo altra volta che, *per una specialità relativa alla filiazione legittima*, l'atto di nascita ha per oggetto di provare, non già solo il *fatto della nascita*, ma la *filiazione* stessa; che veramente la prova risultante *direttamente* da quell'atto riguarda solo la *filiazione materna*, ma indirettamente serve poi a dimostrare, col sussidio della presunzione legale stabilita nell'art. 159, anche la *filiazione paterna*; che infine, anche quando, in mancanza dell'atto di nascita, si provi lo stato del figlio col mezzo dei testimoni, dimostrata in tal modo la *filiazione materna*, ne risulta senz'altro, in virtù della presunzione della legge, dimostrata eziandio necessariamente la *filiazione paterna* e lo *stato legittimo* del figlio, purchè consti che la madre fosse *in istato coniugale* (3). Se dunque, nei casi contemplati dall'art. 364 codice civile, *la prova per testimoni è sostituita a quella che normalmente avrebbe a risultare dall'atto di nascita*, che dovrebbe trovarsi iscritto nei registri mancanti o distrutti o

---

(1) V. Delvincourt, Proudhon, Marcadé, ll. cc.
(2) V. Laurent, l. c., pag. 534.
(3) V. sopra, n. 67, pag. 519 e seg.; 78 *bis*, I, pag. 614, 615.

smarriti o interrotti, dovrà pure *produrre gli stessi effetti;* cioè servire alla constatazione, non tanto *del fatto della nascita*, quanto ancora della *filiazione materna*, e per questo mezzo eziandio della *filiazione paterna* e della *legittimità di stato*. E se, come pare, ciò è dimostrato dagli argomenti sopra riferiti, ne risulterà dunque che nei casi di mancanza, distruzione, smarrimento o interruzione dei registri, le testimonianze, ammesse dalla legge per supplemento all'atto di nascita che non possa per le dette cause essere prodotto, varranno a provare, non solo *la nascita*, ma anche *la filiazione legittima*, senza bisogno di principio di prova per iscritto, nè di presunzioni che a quelle testimonianze prestino appoggio; che all'opposto quando, non essendo prodotto l'atto di nascita, i registri in cui dovrebbe essere iscritto trovinsi però regolari, non potrà farsi luogo alla prova testimoniale se non quando sussistano o il principio di prova scritta, o le presunzioni gravi abbastanza per rendere verosimile ciò che è da provarsi.

Come poi si possa giustificare questa notevole differenza tra i predetti casi, contemplati rispettivamente negli articoli 174 e 364, non è malagevole il riconoscerlo. Quando il figlio, a prova del proprio stato legittimo, non può addurre *nè titolo, nè possesso*, e tuttavia i registri dello stato civile, in cui l'atto suo di nascita dovrebbe trovarsi, sono perfettamente regolari, tutto è contro le sue pretensioni; a dimostrazione delle quali sarebbe troppo pericoloso l'ammettere senz'altro la prova testimoniale — che ispira sempre una giusta diffidenza, se i risultati ottenibili da quella non fossero confortati da un principio di prova in iscritto o da gravi presunzioni. All'opposto, quando il figlio possa allegare che i registri in cui dovrebbesi riscontrare l'atto di sua nascita non siano stati tenuti o siano stati perduti, egli offre una spiegazione la più naturale del non poter produrre quell'atto, e dimostra già una certa verosimiglianza di ciò che si propone di provare poi per testimoni. E non è senza importanza l'osservare come sia

inesatto il dire che allora il figlio sia ammesso a far prova della filiazione legittima *col solo mezzo dei testimoni*, mentre deve prima *aver provato la mancanza o la perdita dei registri*, e mentre ciò stesso costituisce una *presunzione di fatto*, che la legge ha potuto giustamente considerare essa stessa come *abbastanza grave per determinare l'ammissione della prova testimoniale*. Così l'articolo 364 non ha fatto altro, infine, che valutare direttamente la presunzione risultante dalla mancanza o perdita dei registri, e farne base della prova testimoniale; mentre nei casi di mancanza del solo atto di nascita, contemplati nell'articolo 174, le presunzioni che possano determinare l'ammissione di quella prova sono abbandonate all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria.

Tale ci sembra il modo più razionale d'intendere e di conciliare le predette disposizioni di legge.

84 *bis*, I. Torniamo ora all'argomento principale che abbiamo proposto di svolgere in questo numero; cioè dei caratteri da doversi riscontrare nel principio di prova scritta, che la legge esige per rendere ammissibile quella per testimoni.

Il codice ha determinato nell'articolo 175 quali siano gli scritti che possono servire di *principio di prova*. Tuttavia non cessano di essere applicabili anche qui i principii fondamentali che risguardano *l'essenza del principio di prova* in sè stesso. Sarà dunque necessario sempre che gli scritti prodotti a tale scopo *rendano verosimile il fatto allegato* (art. 1347, al^{a}., cod. civ.), il fatto cioè *della filiazione* (1). Il riconoscere poi se si verifichi o no una tale verosimiglianza è da considerarsi come un punto di mero fatto, abbandonato perciò al prudente apprezzamento dell'autorità giudicante. È però necessario che gli atti, gli

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Roma, 11 febbraio 1892 (*Legge*, XXXII, I, 399).

scritti, da cui si voglia trarre il principio di prova, abbiano una *relazione diretta colla filiazione*. Se vi si riferissero solo indirettamente, se, per esempio, ne risultasse dimostrato soltanto un particolare interessamento, un tenero affetto verso chi vorrebbe provare d'essere figlio dell'autore di quello scritto, ciò non basterebbe certamente a costituire quella *grave presunzione dei rapporti di filiazione legittima*, che la legge ha supposto emergere dal principio di prova per iscritto.

Non ostante che, come abbiamo detto, debbano ritenersi applicabili anche in questa materia le norme fondamentali concernenti *ciò che è di essenza del principio di prova*, la legge per altro vi ha espressamente derogato in un punto speciale importantissimo. La scrittura, da cui vogliasi desumere un principio di prova, deve infatti, secondo il diritto comune, *provenire da colui contro il quale si propone la domanda, o da quello che egli rappresenta* (d°. art. 1347, al^a., codice civile); e ciò è da considerarsi, fuori di dubbio, come *essenziale*. Ora l'articolo 175 dispone invece:

" Il principio di prova per iscritto risulta dai documenti " di famiglia, dai registri e dalle carte private del padre o " della madre, dagli atti pubblici o privati provenienti da " una delle parti impegnate nella controversia, *o che vi* " *avrebbe interesse se fosse in vita* ". Può dunque costituire principio di prova, quanto alla filiazione legittima, anche uno *scritto non proveniente da uno dei contendenti, nè da un suo rappresentante*. Come mai la legge ha abbandonato il rigore dei principii stabiliti pei casi nei quali si tratta di semplice interesse pecuniario, per una materia, nella quale trovandosi implicati interessi più che mai gravi, d'ordine anche morale, ha dimostrata anzi generalmente una maggiore diffidenza per la prova testimoniale? Pure questa, che a primo aspetto può vestire l'apparenza d'una contraddizione, non è in realtà che una massima presto giustificabile, solo che si guardi all'indole speciale della ma-

teria di cui si tratta. Le controversie relative allo stato di filiazione legittima abbracciano rapporti che non riguardano i soli genitori verso i quali quello stato s'invochi, ma tutta la famiglia legittima di ciascuno di loro. È questa una osservazione che già avemmo a fare allorchè si trattava della prova della filiazione col mezzo del possesso di stato; e vedemmo derivarne il motivo pel quale i fatti costituenti il possesso predetto devono contenere, fra gli altri elementi, anche quello di un *riconoscimento tacito da parte della famiglia*, e valere a dimostrare, non tanto i soli rapporti di *filiazione*, quanto eziandio quelli di *parentela* tra il reclamante *e la famiglia a cui egli pretende di appartenere* (art. 172 cod. civ.) (1). Nulla dunque di più naturale che gli scritti emanati da persone appartenenti alla famiglia, le quali se vivessero avrebbero interesse nella contestazione, possano essere invocati come *principii di prova* dal figlio. È notevole però che se lo scritto provenga da persona ancora vivente, non basta ch'ella *abbia interesse* nella contestazione, ma bisogna, secondo i termini testuali della legge, che sia *parte impegnata nella controversia*, cioè sia *personalmente in causa;* se poi lo scritto provenga da una persona premorta, è necessario che l'interesse che ella, se fosse in vita, avrebbe nella contestazione, sia *contrario a quello del figlio* il quale invoca lo stato legittimo. Così, per esempio, se questi, dopo la morte di coloro che pretende essere stati suoi genitori, abbia promossa la sua azione contro uno di quelli dei quali sostiene d'essere fratello legittimo, potrà produrre, come principio di prova, uno scritto proveniente da un altro fratello defunto, *il cui stato non soffra contestazione* alcuna; ma non potrebbe, al contrario, produrre uno scritto d'altro fratello tuttora vivente e che non fosse stato chiamato in causa.

Oltre agli *atti pubblici o privati, provenienti da una delle parti impegnate nella controversia, o da persona che vi avrebbe*

---

(1) V. sopra, n. 72 *bis*, II, pag. 575-576; n. 74, pag. 585-587.

interesse se fosse in vita, l'art. 175 ammette ancora, come *principio di prova per iscritto*, quello che risulti dai *documenti di famiglia*, dai *registri* e dalle *carte private del padre o della madre*. Ed anche in ciò continua la stessa deroga-zione, che sopra notammo, alle regole ordinarie concernenti il principio di prova scritta; essendo evidente che i *documenti di famiglia*, i *registri* e le *carte private* del padre e della madre possono essere prodotti utilmente, quando anche le persone, contro le quali il figlio invochi in giudizio il proprio stato legittimo, non siano nè i genitori stessi, nè le altre persone della famiglia da cui quei documenti, registri o carte provengano. Intendendo diversamente la disposizione della legge, vi si riscontrerebbe una viziosa ripetizione; poichè tutto sarebbe compreso abbastanza chiaramente nell'ultima parte dell'articolo, che parla degli *atti pubblici o privati provenienti da una delle parti impegnate nella controversia*.

84 *bis*, II. Per *documenti di famiglia* non possono nell'articolo 175 intendersi gli *atti quali che siano, pubblici o privati, provenienti da qualunque persona appartenente alla famiglia*. Ciò sarebbe in manifesta contraddizione col testo dello stesso art. 175, nella preindicata ultima sua parte, dove non ammette un principio di pròva risultante da atti pubblici o privati, che *non siano del padre o della madre*, se non quando *provengano da una delle parti impegnate nella controversia o che vi avrebbe interesse se fosse in vita. Documenti di famiglia*, nel senso dell'articolo 175, sono dunque solamente *quelli che concernendo interessi e rapporti familiari, contengano il principio d'una specie di tacito riconoscimento da parte della famiglia stessa, che renda verosimile il fatto allegato della filiazione legittima*. Ed allora questi documenti potrebbero, come notammo, essere addotti quali principii di prova, sebbene nessuna delle persone a fronte delle quali il figlio trovasi in giudizio avesse avuto parte negli atti predetti.

Si è dubitato se come *documento di famiglia* si possa considerare, per gli effetti dell'articolo 175, anche un *atto di nascita irregolare*. Ma alla questione sembra che rispondano con bastante sicurezza alcune teorie che altre volte avemmo occasione di svolgere. È chiaro, innanzi tutto, che come *documento di famiglia*, nel senso poco sopra indicato, non potrebbe qualificarsi un atto di nascita irregolare; e che questo neppure potrebbe mai considerarsi come un *atto pubblico proveniente da una delle parti impegnate nella controversia*, poichè quell'atto non emana da un privato, ma è opera d'un uffiziale pubblico. D'altra parte se quell'atto fosse regolare, farebbe di per sè prova perfetta della filiazione legittima, e ciò vale anche pel caso in cui siavi bensì qualche irregolarità nelle enunciazioni che dovrebbersi contenere nell'atto, ma tale irregolarità non riguardi altro che la *filiazione paterna*, di cui l'atto medesimo non è destinato veramente a far prova legale. Ma supposto che sianvi tali irregolarità da rendere *incerta la madre*, l'atto non può avere veruno effetto di prova quanto alla filiazione, salvo che sia stato *rettificato*. Poichè pertanto l'atto di nascita o fa piena prova se regolare o rettificato, o non ne fa alcuna se irregolare per ciò che concerne la maternità, ne segue che non possa mai essere assunto come semplice *principio di prova per iscritto* (1).

I *registri* e le *carte private*, il cui contenuto renda verosimile il fatto allegato della filiazione legittima, possono essere addotti come principio di prova scritta *contro quale che sia il contradditore del figlio*, solo quando provengano dal padre o dalla madre. È manifesto infatti quanto la provenienza stessa di tali documenti, comunque in sè medesimi imperfetti, aggiunga loro di valore, epperò ne resta giustificato che possano essere prodotti come *principio di prova scritta* anche contro persone diverse dai genitori stessi, a fronte delle quali il figlio propugni il proprio stato legittimo.

---

(1) V. Laurent, t. III, n. 419, pag. 527.

Sia riguardo alle *carte private del padre e della madre*, sia riguardo agli *atti privati provenienti da una delle parti* impegnate nella controversia, nacque un dubbio, che sollevò dapprima qualche disparità di opinioni, ma sulla cui soluzione la dottrina è oramai concorde. Questo dubbio era: se potessero considerarsi come sufficienti a costituire un principio di prova per iscritto le *lettere missive* che provenissero dalle indicate persone.

Il *Marcadé* sostenne dapprima che sotto la denominazione di *atti privati* non potessero comprendersi le lettere. Ma più tardi convenne nell'opinione generalmente ricevuta, che, per quanto possa essere più limitato il *senso proprio* di questa parola *atti* — che, a rigore, si riferirebbe ai soli *scritti formati al preciso scopo di far constare un determinato fatto giuridico* — pure, in ciò che riguarda la specialità di questa materia, si debba secondo lo spirito della legge considerarvi come compreso *qualunque scritto privato che renda verosimile il fatto della filiazione* di cui si vuole far ammettere la prova per testimoni, senza escludere pertanto nemmeno le semplici lettere missive; le quali d'altra parte sono anzi il più delle volte le sole scritture che possano essere addotte utilmente in questi casi come principio di prova, e sono poi sempre di maggiore importanza d'altre scritture ammesse tuttavia dalla legge a tale scopo, quali sarebbero i *registri ed altre carte domestiche* (1).

Le disposizioni di legge relative agli atti, documenti, registri e carte private che possono ammettersi quali principii di prova per iscritto, sono da considerarsi come *limitative*. Questa massima accettata comunemente è conforme al carattere restrittivo che vedemmo essere naturalmente e generalmente proprio di tutte le disposizioni di legge concernenti i mezzi coi quali lo stato di filiazione legittima possa essere provato (2). Chè se, in riguardo alla prova

(1) V. Marcadé, art. 324, § II, t. II, n. 35; Demolombe, t. V, n. 246; Aubry et Rau, t. VI, 4ª ediz., § 544, n. 28; Laurent, t. III, n. 417, pag. 524.
(2) V. sopra, n. 78, pag. 608.

che sia da somministrare per testimoni, il legislatore ha stimato essenziale, per prevenire i pericoli inerenti all'indole particolare di questo mezzo, ch'esso sia appoggiato, innanzi tutto, alla verosimiglianza che risulti da un principio di prova per iscritto o da altre presunzioni od indizi gravi; al legislatore stesso deve però spettare esclusivamente di determinare *quali debbano essere e da quali persone provenienti gli atti che possano meritare una tale fiducia*. Non altri documenti potrebbero dunque essere prodotti utilmente per principio di prova, nè da altre persone provenienti, fuorchè quelli espressamente indicati nell'art. 175. Così fu deciso che non potesse costituire principio di prova per iscritto un atto di notorietà *formato a richiesta del figlio* (1).

85. Non ostante che manchi un principio di prova per iscritto, secondo le massime precedentemente dimostrate, la prova di filiazione può darsi tuttavia per testimoni " quando le *presunzioni e gli indizi risultanti da fatti già* " *certi* si trovino *abbastanza gravi* per determinarne l'am- " missione „ (art. 174, al[a]., cod. civ.). Anche in ciò veggiamo fatta, per questa speciale materia, una derogazione ai principii comuni riguardanti le prove. A norma di essi le regole portanti esclusione della prova testimoniale *soggiacciono ad eccezione solo quando vi sia un principio di prova per iscritto* (art. 1347 cod civ.); e le presunzioni costituiscono un *mezzo principale*, che è lasciato alla prudenza del giudice di accogliere *per piena prova* di ciò che è controverso, *nei casi in cui la legge ammette la prova testimoniale* (art. 1354 cod. civ.). All'opposto, in fatto di filiazione legittima, le *presunzioni dell'uomo* non sono ammesse da sole come mezzi di prova perfetta (2); nè sarebbero ammesse

(1) V. Aubry et Rau, l. c.; Demolombe, t. V, n. 245; Laurent, t. III, n. 417, pag. 524.
(2) V. sopra, n. 78, pag. 608.

pure a *complemento della dimostrazione che risultasse in parte da un principio di prova per iscritto*. Solo quando si offra la prova testimoniale, e manchi un *principio di prova scritta* a cui appoggiarla, possono supplire a questo *le presunzioni e gl'indizi che siano riconosciuti abbastanza gravi* (1).

La ragione di tutto ciò sta sempre nell'indole specialissima e nella grave importanza, anche sociale, del fatto che si tratta di dimostrare. Si è giustamente diffidato della prova testimoniale, ma si è voluto essere più guardinghi ancora circa le presunzioni, la cui valutazione sarebbesi dovuta abbandonare alla prudenza dei giudici, rimettendo così la sorte di tanto gravi e delicati interessi ad apprezzamenti individuali. Perciò non si è ammessa la prova per presunzioni della filiazione legittima neppur quando questa sia resa verosimile da un principio di prova per iscritto; sebbene in tal caso si accetti invece la prova testimoniale, e sebbene l'uno e l'altro di questi mezzi di prova vadano generalmente soggetti alle stesse condizioni di ammissibilità. Ma le presunzioni furono considerate esse stesse come una specie di *principio di prova*, che può essere sufficiente a rendere ammissibile la prova testimoniale, ed a supplire così a quel *principio di prova in iscritto*, che può non di rado mancare.

È superfluo il dire che, trattandosi appunto d'una specie di *principio di prova*, esso non potrebbe dedursi se non *da fatti* che dimostrassero la verosimiglianza dell'allegata filiazione. D'altra parte la legge si è espressa abbastanza chiaramente, parlando di presunzioni ed indizi *risultanti da fatti* già certi. Tuttavia si è proposto il quesito se in un atto di nascita possano i giudici ricercare la prova di fatti che, rendendo verosimile l'allegata filiazione, possano farne ammettere la prova per testimoni. E qualche illustre autore ha professato su di ciò opinione affermativa (2). Altri

(1) V. decisione 23 novembre 1869 della Corte di cassazione di Napoli (*Giur. It.*, XXI, I, 747).

(2) V. Demolombe, t. V, n. 251.

però l'ha contraddetta, e pare con ragione; perciocchè sta qui pure il dilemma che ci valse a sciogliere il quesito se un *atto di nascita irregolare* potesse valere quale *documento di famiglia*, come *principio di prova per iscritto:* o l'atto di nascita è regolare, e *fa di per sè piena prova* della filiazione; od è irregolare, e *non fa prova di sorta* (1).

85 *bis.* Quali saranno i fatti dai quali si potranno dedurre le presunzioni e gl'indizi bastevoli a determinare l'ammissione della prova testimoniale? La legge non ha definito questo punto, nè lo avrebbe potuto; tutto dipendendo dalle circostanze particolari dei casi singoli, per la valutazione delle quali, non meno che per riconoscere la *gravità*, sufficiente o non, di tali presunzioni, era necessità imprescindibile il rimettersi totalmente alla prudenza dei giudici. È chiaro però che i fatti, dai quali più frequentemente potranno risultare simili presunzioni, saranno quelli che costituiscano una *specie di possesso imperfetto dello stato* a cui il figlio pretende. Imperfetto bisogna supporre questo possesso, poichè altrimenti costituirebbe da sè la prova completa, preferibile alla testimoniale, dell'addotta filiazione legittima; ma non bastando a tanto, può pur tuttavia somministrare indizi da considerarsi come *abbastanza gravi per determinare l'ammissione della prova sussidiaria per testimoni.* Abbiamo già osservato altrove che anche un *atto di riconoscimento*, che fosse stato emesso dai genitori o da uno di essi, non potendo valere come *mezzo di prova sufficiente della filiazione legittima*, potrebbe però dai giudici essere considerato sotto l'aspetto di un fatto da cui risultasse una presunzione abbastanza grave per accogliere la prova testimoniale (2).

Resta a vedersi con quali mezzi i fatti stessi, dai quali le presunzioni abbiansi a dedurre, possano essere provati.

---

(1) V. Laurent, t. III, n. 419.
(2) V. Laurent, t. III, n. 418 in fine.

Il testo della legge ci dice che le presunzioni e gl'indizi debbono " *risultare da fatti già certi* „; il che esprimendo chiaramente il concetto che *l'accertamento di essi debba essere anteriore all'ammissione della prova testimoniale*, che si vuole appunto far determinare fondandosi sulle presunzioni risultanti dai fatti medesimi, sembra adunque restarne esclusa assolutamente l'idea che la constatazione di quei fatti possa compiersi collo stesso mezzo della prova per testimoni. D'altra parte questa esclusione appare manifestamente ragionevole. Sarebbe singolare che ciò che la legge vuole che consti preliminarmente, per la diffidenza con cui ammette in questa materia la prova per testimoni, potesse infine essere provato collo stesso mezzo dei testimoni. Inoltre, come opportunamente osservò il nostro cons. *Borsari*, sarebbe ben difficile limitare la prova testimoniale a quei soli fatti anteriori, senza toccare al merito stesso della filiazione (1). Pure alcuni autori avvisano che quando, per determinare l'ammissione della prova testimoniale, si adducano *fatti di possesso di stato*, anche questi possano preliminarmente essere constatati con lo stesso mezzo dei testimoni. " Il possesso di stato (dicono questi " autori) è per sua natura suscettibile d'essere provato con " questo mezzo. Ora perchè i fatti, sebbene incompleti, di " questo possesso non potrebbero, in tutti i casi, essere " provati allo stesso modo? Non sarebbe questa una con- " traddizione ed una ingiustizia? „ (2).

Ma a questa argomentazione rispondono bastantemente le osservazioni che già abbiamo fatte, parlando dei modi in cui si può provare il possesso di stato, quando esso sia addotto come *sola prova della filiazione legittima*. Trattasi allora d'un *possesso completo* dello stato legittimo; di una serie di fatti gravi, pubblici, concordanti, la cui stessa

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 174, vol. I, § 433, pag. 665, n. 1.

(2) V. Valette sur Proudhon, t. II, ch. I, sect. II, § 2, pag. 91, n^a (*a*); Demolombe, t. V, n. 252.

coincidenza, la notorietà e la continuità guarentiscono abbastanza contro i pericoli che presenta la prova testimoniale, considerata in sè stessa. Ora queste guarentigie non si verificano più allorchè trattasi invece di *fatti incompleti e staccati di possesso*, i quali non possono addursi come mezzi di prova perfetta della filiazione, ma solo per fare ammettere l'altro mezzo della prova testimoniale; ai pericoli della quale, mentre si vuole ovviare, la si farebbe tuttavia, nel sistema degli autori predetti, servire di rimedio a sè stessa (1).

Esclusa pertanto la prova testimoniale, pei fatti sul fondamento dei quali chieggasi l'ammissione della prova stessa circa la filiazione legittima, accadrà il più delle volte che, se quei fatti potranno veramente dirsi (come la legge lo richiede) *già certi*, ciò sarà in forza dell'essere essi stati *riconosciuti per veri dalla stessa parte avversaria*. Ma qualora ciò non sia, diverrà necessario che l'accertamento di quei fatti emerga da altri elementi già constanti; per esempio da documenti prodotti in causa (2).

86. Esaminammo finora le condizioni sotto le quali la prova della filiazione legittima può darsi col mezzo dei testimoni.

Ma questa prova non può essere incontrastabile; gli avversari devono essere ammessi a combatterla; ciò è di diritto comune. Quali sono i fatti sui quali la prova contraria può vertere? Quali i mezzi con cui può essere somministrata? A tali quesiti risponde la legge colla disposizione dell'articolo 176:

" La prova contraria può darsi *con tutti i mezzi* proprii
" a dimostrare *che il reclamante non sia figlio della donna*
" *che egli pretende di avere per madre*, oppure *che non*
" *sia figlio del marito della madre* quando fosse provata
" la maternità ".

(1) V. LAURENT, t. III, n. 418, pag. 526.
(2) V. BORSARI, l. c.

Quanto ai mezzi, essi dunque possono essere *tutti quelli ordinariamente permessi;* e la prova contraria può farsi anche *per testimoni*, anche per semplici *presunzioni di fatto*. Le presunzioni possono essere addotte dagli avversari del figlio come *mezzo principale della prova contraria*, non ostante che pel figlio, all'uopo di dimostrare la filiazione legittima da lui invocata, non sarebbero accettabili che come *mezzo preliminare*, come una specie di *principio di prova*, in mancanza di quello in iscritto, per rendere ammissibile la prova testimoniale. Parimente i testimoni, che per la prova della filiazione legittima non sono ammessi se non quando vi sia principio di prova scritta, o vi siano almeno altre presunzioni ed indizi gravi, possono invece essere indotti per la prova contraria anche senza veruno appoggio di principio di prova nè in iscritto nè per presunzioni. Tale è il significato naturale e incontestabile di quella espressione generale ed assoluta della legge: “ la prova contraria può darsi *con tutti i mezzi* „. Nè infatti avvi in ciò veruna incertezza nella dottrina (1). E in verità questo, che risulta incontrastabile nel diritto positivo pel testo stesso della legge, è poi altrettanto manifestamente conforme a ragione. Se furono escluse le presunzioni, dal poter formare mezzo di prova principale della filiazione legittima, se la prova testimoniale non fu ammessa fuorchè quando ciò che volesse con essa dimostrarsi fosse già reso verosimile da un principio di prova in iscritto o da gravi indizi, tutto ciò è dovuto ad una giusta diffidenza del legislatore nell'ammettere prove per l'indole loro sospette, come la testimoniale, od incerte e dipendenti molte volte da apprezzamenti individuali, come quella per presunzioni, ed ammetterle per la dimostrazione di cosa tanto gravemente importante quanto è lo stato di filiazione legittima, col pericolo di lasciar intru-

---

(1) V. Marcadé, art. 325, t. II, n. 36; Demolombe, t. V, n. 255; Aubry et Rau, t. VI, 4ª ediz., § 544, nª 32; Laurent, t. III, n. 420, pag. 528.

dere nelle famiglie persone che realmente non vi avessero diritto. Or queste stesse considerazioni non dovevano forse consigliare a concedere i più larghi mezzi per combattere queste prove, allorchè venissero permesse, a non porre verun ostacolo alle dimostrazioni colle quali si tendesse ad impedire queste illegittime intrusioni nelle famiglie? È dunque altrettanto giustificato quanto è certo, che la prova contraria può somministrarsi dagli avversari del figlio sia col mezzo di presunzioni, sia con quello dei testimoni, sebbene non si adduca verun principio di prova nè per iscritto nè per indizi gravi.

Gli oggetti poi della prova contraria, da somministrarsi dagli avversari del figlio, possono essere, secondo il testo dell'articolo 176, o *la maternità* (" che il reclamante *non* " *sia figlio della donna che egli pretende di avere per* " *madre* „), oppure anche *la paternità* stessa (" che *non* " *sia figlio del marito della madre*, quando fosse provata " la maternità „).

Che la *prova contraria* verta sulla *maternità* non è che una conseguenza naturale dell'essere quello l'oggetto della stessa prova principale che si tratta di combattere; poichè, come dimostrammo a suo luogo, la prova per testimoni, ammessa per la filiazione legittima, deve far constare appunto la *filiazione materna* nei due fatti che la costituiscono, cioè del *parto* e della *identità* del figlio. È dunque necessario che a questi fatti medesimi debba rivolgersi la prova contraria che venga proposta. Fin qui ci troviamo nei puri termini del diritto comune. Ma dimostrammo pure contemporaneamente che, all'opposto, non forma materia della prova principale la *paternità del marito;* la quale non ha bisogno di prova speciale da somministrarsi in giudizio, poichè devesi considerare come risultante pienamente dalla presunzione stabilita nell'articolo 159, ogni qualvolta sia provata con qualsivoglia mezzo legale, sia pure con quello solo dei testimoni, la *filiazione materna*, e la madre sia maritata. E questo

principio trova anzi una evidente conferma nella disposizione stessa dell'art. 176; imperocchè se, *essendo provata la maternità*, si ammettono gli avversari del figlio a provare in contrario *ch'egli non abbia per padre il marito*, egli è dunque che *la prova della paternità* traeva con sè, per presunzione di legge, la prova eziandio della paternità. Così, è questa presunzione legale che gli avversari del figlio sono ammessi a combattere *con tutti i mezzi proprii a dimostrare che il reclamante..... non sia figlio del marito* della *donna di cui è provata la maternità.*

Ma la presunzione di paternità sarà essa impugnabile in questa ipotesi (come nell'altra in cui la prova della filiazione si dia col mezzo dell'atto di nascita) solamente nei casi, nei termini e sotto le condizioni in cui sia ammessa *l'azione in disconoscimento?* Oppure non saranno le teorie concernenti quell'azione che dovranno applicarsi, ma si rientrerà puramente e semplicemente sotto l'impero dei principii generali? Qualcuno dei più antichi commentatori del codice Francese (al cui articolo 325 corrisponde il 176 del codice nostro) professò veramente la prima delle opinioni ora accennate. Ma oramai la dottrina è pienamente concorde nell'ammettere la massima opposta (1), che fu consacrata anche dalla giurisprudenza nostra con un autorevole giudicato (2).

All'idea che, provata per testimoni la maternità, la presunzione di paternità del marito non possa combattersi se non nei casi e sotto le condizioni medesime in cui sarebbevi luogo all'*azione in disconoscimento*, contrasta troppo evidentemente il testo medesimo della legge. Vi si concede la prova contraria a quella presunzione, per

---

(1) V. Toullier, t. II, n. 894-895; Duranton, t. III, n. 137; Valette sur Proudhon, t. II, pag. 75, n^a^ (*a*); Marcadé, art. 325, t. II, n. 36; Demolombe, t. V, n. 259; Laurent, t. III, n. 421, pag. 528; Aubry et Rau, t. II, 4^a^ ediz., § 544, n^a^ 30.

(2) V. decisione 26 dicembre 1887 della Corte di cassazione di Firenze (*Giur. It.*, XLI, I, 127).

chiunque si trovi essere avversario del figlio nella contestazione sulla filiazione legittima; mentre l'azione in disconoscimento non può essere intentata fuorchè *dal marito o dagli eredi di lui.* Vi si dichiara che quella prova contraria potrà darsi *con tutti i mezzi*, mentre sono *limitati tassativamente quelli sui quali può fondarsi l'esercizio dell'azione in disconoscimento* di paternità (art. 162-165 codice civile). E poichè non si tratta, e non può trattarsi, di nulla che somigli a quest'azione, poichè la legge ammette puramente e semplicemente gli avversari del figlio a *provare in contrario* che il marito della donna che egli dimostrò essere sua madre *non è il padre suo*, e concede ad essi la maggiore larghezza di mezzi, dicendo che potranno usare *di tutti quelli che siano proprii a dimostrare la non paternità del marito;* è chiaro pertanto che nessuna delle restrizioni concernenti l'azione in disconoscimento può limitare l'esercizio della facoltà di tale prova in contrario. Così dunque, non solo la prova escludente la paternità del marito potrà risultare anche da *semplici presunzioni di fatto;* non solo a questa prova potrà farsi ammettere, oltre al marito od agli eredi di lui (ai quali soli sarebbe dato di promuovere l'azione in disconoscimento di paternità) *qualunque persona si trovi essere avversaria del figlio* nella controversia relativa alla filiazione legittima di lui; non solo non sarà opponibile la scadenza dei termini entro i quali soltanto sarebbe stata esercibile l'azione in disconoscimento (art. 166, 167 cod. civile) — il che è troppo naturale, non trattandosi qui d'agire, ma *di difendersi* contro le pretensioni accampate dal figlio, e quei termini che sono prefissi *per l'esercizio di un'azione* non potendo essere opposti per obliterare l'*eccezione*, per impedire la *difesa* — ma inoltre non saranno punto applicabili le limitazioni che la legge appose all'esercizio dell'azione in disconoscimento, *determinandone tassativamente le cause* (art. 162, 163, 164, 165 c. c.).

È questo certamente, già l'osservammo, un punto rilevantissimo di differenza tra i casi in cui a prova della

filiazione legittima si adduca l'uno piuttostochè l'altro dei mezzi ammessi dalla legge. Se questo mezzo sia il *possesso di stato*, essendo esso fondato essenzialmente anche sopra una specie di *riconoscimento tacito da parte del marito*, rimane esclusa per ciò stesso la possibilità di un ulteriore *disconoscimento* ch'egli volesse fare. Se invece consista nell'*atto di nascita* il mezzo di prova, per quanto esso sia considerato come il principale e più perfetto, pure potendo alle dichiarazioni contenute in quest'atto essersi tenuto estraneo il marito, gli è dato di potere *disconoscere* quello che si presumerebbe suo figlio. Ma poichè con tale disconoscimento egli viene a combattere una *presunzione legale* (art. 159 cod. civ.) la cui importanza è giustamente considerata come grandissima nei rapporti sociali, non lo si ammette a farlo se non quando possa allegare che al tempo del concepimento del figlio egli fosse nella *impossibilità fisica di coabitare colla moglie* (art. 162), o in uno stato d'impotenza *manifesta* (art. 164), o in quella condizione di *separazione legale* di *convivenza* dalla moglie, in vista di cui la legge attenua la presunzione da essa generalmente stabilita nell'art. 159 (art. 163), o possa allegare anche solo la *impossibilità morale della paternità*, purchè però, in questo caso, siano provati a carico della moglie i fatti ch'ella siasi resa *rea di adulterio*, e che *abbia celata al marito la nascita del figlio*. Se, in fine, la prova della filiazione legittima si somministri col mezzo dei testimoni, basta al marito, od a chiunque altro sia l'avversario del figlio nella controversia, il provare *con qualunque mezzo*, basta anche la semplice *impossibilità morale della paternità del marito stesso*, sebbene non si fondi nè su fatti di adulterio dimostrati a carico della moglie, nè sull'aver essa celato la nascita del figlio al marito. Quindi è che sembra perfettamente esatta, non ostante qualche dubbio che ne fu sollevato (1), la massima insegnata prima dal *Toullier*,

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 176, § 434, pag. 667.

e seguìta poi dallo *Zachariæ* e da altri, che " sebbene la " regola *pater is est, etc.* possa essere invocata dal figlio " che abbia provata, anche solo per testimoni, la propria " filiazione *materna*, la predetta regola però in questo caso " non costituisce più una presunzione *juris et de jure*, " contro cui la prova contraria non possa essere ammessa " che *nei casi d'eccezione determinati dalla legge;* ma costi- " tuisce invece una *presunzione ordinaria*, la quale non ha " altra virtù che di *esentare il figlio dal carico di provare* " *d'essere figlio del marito della propria madre, ma può* " *tuttavia esser distrutta col mezzo di altre presunzioni più* " *forti* „ (1).

Della quale differenza, grave in vero, ma altrettanto irrecusabile e manifesta secondo il testo stesso dell'articolo 176 del nostro codice, dimostrammo già i motivi riportando le parole stesse del *Toullier* (2). E ci parve risultarne giustificato perfettamente il concetto del legislatore, di considerare le circostanze qui supposte — che il figlio non abbia nè titolo nè possesso di stato, e che quindi sia costretto a ricorrere ad un mezzo di prova di cui la legge diffida supremamente — come equivalenti alle altre, che indubbiassero i risultamenti legali dell'*atto di nascita*, di essere provato direttamente che la moglie avesse commessi atti di adulterio ed avesse celato la nascita del figlio al marito; sicchè, nell'un caso come nell'altro, fosse da permettere la prova contraria alla presunta paternità del marito stesso, mediante la dimostrazione di *qualunque altro fatto tendente ad escludere la paternità* (confr. art. 165, 176 codice civile).

Non sarebbe pertanto accettabile la massima, che sembrerebbe proposta da un insigne giureconsulto nostro, secondo cui chi volesse, a termini dell'articolo 176, dimostrare che il reclamante, del quale fosse provata la filia-

(1) V. Toullier, l. c., n. 894.
(2) V. sopra, n. 38, pag. 296.

zione materna, non avesse per padre il marito, *dovrebbe pur sempre ricorrere alle cause previste negli articoli* 162, 163 *e* 164, e solo, *trovandosi in un rapporto giudiziario favorito dal dubbio, la convinzione sarebbe più facile a formarsi*, cosicchè *basterebbero prove meno potenti a dimostrare che in quel tempo il marito non aveva relazioni colla propria moglie* (1). Le citate disposizioni, o per parlare più generalmente, *le cause per le quali la legge determina farsi luogo all'azione in disconoscimento di paternità*, non hanno e non possono avere alcuna applicazione qui, dove non si tratta punto di tale azione. Provata pure la *filiazione materna*, ma provata col solo mezzo dei testimoni, la presunzione legale, che ne risulta, della *paternità del marito*, può essere combattuta con qualunque mezzo, sia pure di sole presunzioni di fatto, da cui risulti giustificata anche una *semplice impossibilità morale di quella paternità*. “ Una sola cosa “ sarà qui necessaria (ha detto giustamente il *Marcadé*): “ *la convinzione del giudice che il marito non sia il padre* „. Ci sembra questo il senso vero dell'art. 176, quale risulta dai termini stessi in cui è concepito, e che d'altra parte trovasi giustificato per motivi i più plausibili.

87. Ciò che abbiamo detto nel numero precedente risponde in parte ad un quesito che tenne divise le opinioni nella dottrina francese: quale, cioè, debba riputarsi essere l'effetto, *quanto al marito*, della prova di *maternità* che si faccia contro la moglie. Abbiam veduto infatti che la prova della maternità basta a trar seco necessariamente, per virtù della presunzione legale che il marito sia padre del figlio concepito durante il matrimonio (articolo 159 cod. civile), la dimostrazione eziandio della *paternità legittima;* ma che tuttavia quella presunzione trovando fondamento in una prova della maternità che non risulta dal mezzo legale ordinario dell'atto di nascita, ma da un

(1) V. Borsari, l. c.

mezzo sospetto quale si è la prova testimoniale, non ha la stessa forza che in quel caso le è attribuita; e in luogo di ammettere prova contraria ad istanza soltanto di certe persone, e nei soli casi, per le cause ed entro i termini stabiliti in via d'eccezione dalla legge per l'azione in disconoscimento, lascia invece facoltà all'avversario qualsiasi del figlio, di *provare con qualunque mezzo che il marito non sia il padre di lui.* Questo è dunque un primo ed importante punto già stabilito, in ordine all'effetto che la prova della maternità possa produrre rispetto al marito. Gli autori francesi hanno proposto ancora il quesito se quell'effetto, così limitato, della prova della maternità, debba inoltre ritenersi subordinato alla condizione che il marito, o chi legittimamente lo rappresenti, sia stato chiamato in causa nella contestazione relativa allo stato del figlio. Ma par chiaro che la domanda, presentata sotto questo aspetto, non riguarda più veramente e particolarmente *gli effetti della prova della maternità,* ma concerne veramente *gli effetti della cosa giudicata* in questa specialità di materia; imperocchè trattasi di vedere se la decisione pronunciata, sulle prove somministrate in contraddizione soltanto della moglie o degli eredi di lei, sia pure opponibile senz'altro al marito od agli eredi di lui. E intorno a ciò, già dimostrammo a luogo opportuno che il principio della *indivisibilità dello stato personale* non fa ostacolo ad applicare nel supposto caso le regole comuni sull'autorità della cosa giudicata ed a ritenere perciò che la sentenza, proferita sull'*azione in reclamazione di stato* intentata contro un solo dei coniugi, non possa essere opposta all'altro coniuge, come non potrebbe essere invocata da lui (1). Se dunque il marito non fosse stato parte in causa, non solo potrebb'egli con qualunque mezzo far prova contraria alla presunzione di paternità legittima che si volesse far risultare in suo danno dalla *prova della maternità* data contro la moglie; ma anzi

(1) V. sopra, n. 22, pag. 185-186.

non avrebbe bisogno alcuno di ricorrere a questa prova, dappoichè *la dimostrazione della maternità non sarebbe opponibile a lui*, rimasto estraneo alla causa nella quale fosse stata fatta; e non potendosi considerare come constante, quanto a lui, la maternità dalla moglie sua, non sarebbe nemmeno possibile addurre in suo pregiudizio la *presunzione di paternità*, che quindi egli non potrebbe avere occasione di combattere.

Tuttavia rimane ancora un altro aspetto, sotto il quale è importante di considerare la questione. Il marito, al quale sia opponibile la prova della maternità somministrata nel giudizio in cui egli sia stato parte, potrà *solamente nel giudizio stesso* essere ammesso alla prova contraria *con tutti i mezzi atti ad impugnare la presunta sua paternità?* Od all'opposto potrà, o fors'anche dovrà, attendere che sia pronunciata la decisione sulle prove fatte della maternità, per istituire poi un giudizio a parte, nel quale combatta quella presunzione?

Il testo dell'articolo 176 indurrebbe a prima giunta a dare una risposta affermativa al primo quesito (1). Quell'articolo parla della *prova contraria*, che può farsi dagli avversari del figlio nel giudizio in cui si agita la questione della legittimità di lui; quell'articolo dichiara potere tale prova contraria vertere tanto sulla *non maternità* della moglie, quanto sulla *non paternità* del marito. Anche per quest'ultimo oggetto trattasi dunque veramente sempre della *prova contraria*, da somministrarsi nel giudizio stesso in cui il figlio domanda la dichiarazione della propria filiazione legittima. Questa osservazione non manca, certo, di verità; ed è manifesto doversene trarre almeno questa conseguenza, che il marito non sia tenuto ad attendere la pronunciazione della sentenza nella quale si dichiari *provata la maternità*, per farsi allora solo ad oppugnare, con

(1) In questo senso ha opinato il DEMANTE, *Cours analyt. de code civil* t. II, n. 52 *bis*, III.

tutti i mezzi che la legge lascia illimitatamente a sua disposizione, la presunzione di paternità legittima che da quella decisione risulterebbe a suo carico. Ma quanto a ritenere, all'opposto, che il marito non possa essere ammesso ad escludere, colle prove che proponga, la propria paternità, se non nel giudizio stesso in cui si disputa della filiazione materna, e che dopo che questa sia dichiarata provata nella causa in cui il marito stesso sia stato parte, non possa più egli impugnare la presunta sua paternità, non sembra veramente che vi si presti il testo della legge. Essa parla, è vero, di *prova contraria, colla quale si tenda a dimostrare che il reclamante non sia figlio del marito* della donna di cui sia provata la maternità; ma ciò non inchiude necessariamente l'idea che questa prova contraria si dia *nello stesso giudizio in cui si contende della filiazione materna*. Provata e dichiarata giudizialmente questa, anche contro il marito o gli eredi di lui che siano stati messi in causa, ne risulterà certamente in loro danno la *presunzione legale della paternità legittima del marito:* ma poichè la sentenza non avrà dichiarato che la *filiazione materna*, la quale si suppone essere stata il solo oggetto della contestazione, la presunzione di paternità legittima del marito che ne emergerà, non potrà certo essere più forte di quella che deriverebbe dall'atto di nascita, se con questo mezzo normale, e preferito dalla legge a tutti gli altri, fosse stata provata la filiazione materna. Il marito che, contro i risultamenti combinati dell'atto di nascita del figlio e della presunzione stabilita dall'art. 159 del cod. civile, sarebbe tuttavia ammesso ad esercitare l'azione in *disconoscimento di paternità*, non potrebbe essere lasciato senza alcun rimedio contro la stessa presunzione emergente dall'essere stata dichiarata la maternità della moglie sua con una sentenza fondata sui risultamenti d'una prova tanto meno rispettabile agli occhi della legge, com'è la testimoniale. All'opposto, appunto perchè fu necessario stabilire su questo fondamento meno sicuro, la dimostrazione della

filiazione materna; appunto perchè mancando amendue i mezzi di prova che servono abitualmente a far constare la filiazione, cioè l'atto di nascita ed il possesso di stato, vi è ragione di sospettare che, se pure il figlio appartenga alla moglie, sia però frutto dell'adulterio anzichè del matrimonio, diviene giusto che al marito siano lasciati più facili mezzi per impugnare la presunta sua paternità.

Ed a questo concetto sono infatti tutt'altro che opposte le parole dell'art. 176; il quale suppone che *sia provata la maternità*, il che anzi, a rigore di termini, non potrebbesi propriamente dire verificato finchè non vi fosse sentenza che avesse pronunziato sul valore delle prove somministrate in giudizio; ed ammette poi gli avversari del figlio a dare *la prova contraria* con tutti i mezzi atti a dimostrare che *il reclamante non sia figlio del marito*, la qual forma di espressione può applicarsi con tutta esattezza alla condizione del marito o degli eredi di lui, contro i quali essendo stata dichiarata giudizialmente provata la *filiazione materna* del reclamante, ricorrano essi al rimedio d'impugnare in un nuovo giudizio la presunzione di paternità del marito, somministrando, con qualunque dei mezzi ordinariamente permessi, la *prova contraria a tale presunzione*.

Ma, dipartendosi anche dalle parole della legge, vi sono pure altri motivi per convincersi che essa non avrebbe potuto ragionevolmente impedire al marito di contestare con qualunque mezzo la presunta sua paternità, fuori del giudizio stesso in cui si discute della filiazione materna. Il marito sarebbe allora costretto, come osserva un celebre autore, a combattere una presunzione che peranco non esiste, a stabilire con mezzi odiosi che egli non avrebbe potuto essere padre del figlio che la moglie sua avesse dato alla luce, mentre la maternità non è ancora provata, mentre forse non sarà provata punto.

Da queste considerazioni sembrano dunque abbastanza giustificate le massime seguenti.

Il marito o gli eredi di lui, chiamati nel giudizio in cui si disputa della filiazione materna, possono nel giudizio stesso dare, con tutti i mezzi ordinariamente permessi dalla legge, la prova che il reclamante non sia figlio del marito medesimo. Ma se in questa prova soccombessero, non potrebbero certamente essere più ammessi ad esercitare l'*azione in disconoscimento della paternità*, sebbene adducendo qualcuna delle cause speciali per cui tale azione è permessa dalla legge; poichè osterebbe manifestamente a ciò l'autorità della cosa giudicata.

Potrebbero eziandio — e parrebbe questo anzi il procedimento più naturale e più prudente — limitarsi in questo giudizio a combattere, anche con prova contraria ove occorra, l'addotta *filiazione materna;* e riserbarsi, pel caso che questa sia giudicata provata, d'impugnare la *presunzione di paternità legittima* che ne risulterebbe. Per la quale impugnazione non avrebbero neppure bisogno di ricorrere ad una vera *azione in disconoscimento di paternità*, ma potrebbero dedurre *tutti i mezzi di prova contraria alla predetta presunzione.*

Quando poi fosse prescelta quest'ultima via, dalla combinazione dei due giudicati, il primo dei quali avesse dichiarato *provata la maternità* a carico della moglie e il secondo avesse *ammessa la negazione della paternità*, risulterebbe necessariamente la *qualità adulterina della filiazione* constatata. Nè ciò può far meraviglia, nè contraddice alla massima che vieta la ricerca di tale filiazione (art. 193 cod. civ.); poichè l'azione promossa prima dal figlio si suppone che sia stata diretta a tutt'altro scopo, a quello anzi di far dichiarare in proprio favore la *filiazione legittima*, e sarà solo pei risultamenti del giudizio, contrari al fine propostosi, ch'egli ne sarà uscito invece colla qualità di adulterino. L'esito di questa contestazione sulla filiazione legittima produrrebbe, del resto, nè più nè meno delle conseguenze che si avrebbero dalla riuscita d'una *azione in disconoscimento di paternità;* il che è naturale affatto.

Sarà pur questo uno dei casi, che la legge espressamente riconobbe potersi verificare, in cui *la maternità adulterina risulti indirettamente da sentenza civile* (art. 193, n. 1, cod. civile).

Ma se tale non fosse stato il procedimento seguito, e se nel giudizio stesso in cui si disputa della filiazione materna venisse a risultare *dai documenti prodotti*, od anche *dalla prova contraria fatta dagli avversari del figlio* per escludere la paternità del marito, che se pure il reclamante si dichiarasse nato dalla donna che pretende di avere per madre, egli però non avrebbe per padre il marito, il tribunale non potrebbe ammettere l'azione del figlio nemmeno per ciò che riguarda la filiazione materna, imperocchè se la ammettesse, dovendo contemporaneamente dichiarare la non paternità del marito, ciò equivarrebbe realmente ad accogliere una *ricerca di filiazione adulterina*, in opposizione alla disposizione proibitiva del predetto articolo 193 (1).

---

(1) V. VALETTE sur PROUDHON, 3ª ediz., t. II, pag. 75, nª (*b*); DEMOLOMBE, t. V, n. 261-263; AUBRY et RAU, t. VI, 4ª ediz., § 544, n. 31-32; LAURENT, t. III, n. 422, pag. 529-531.

FINE

DELLA PARTE PRIMA DEL VOLUME VI.

INDICE DEI TITOLI, CAPI E SOMMARII

contenuti in questa Parte I del Volume VI

Titolo VI.

DELLA FILIAZIONE

Num. **Nozioni generali.** Pagine

1. Idee generali intorno alla filiazione, alle diverse sue specie ed agli effetti civili che la legge vi annette. Partizione della materia 1-3

CAPO I.

Della filiazione legittima

Nozioni generali.

2. Principii direttivi in questo argomento. Partizione della materia 4-6

Sezione I.

Delle presunzioni sulle quali si fonda lo stato di filiazione legittima.

3. Cenni generali intorno a queste presunzioni. Divisione della materia 6-7
4. A) Come si stabilisca il tempo del concepimento 7-10
4 *bis*. Come si computino i termini fissati a tale proposito dalla legge 10-17
5. B) Motivi del principio generale risguardante la presunzione della paternità legittima 17-18
6. Sistema adottato dal nostro codice riguardo al caso che il figlio *concepito prima del matrimonio sia nato in costanza di esso* 19-20
6 *bis*. Se in tal caso il figlio debbasi considerare come *legittimo*, o come *legittimato* 20-34

Sezione II.

Dei casi in cui sono ammissibili prove contrarie alle presunzioni che dànno fondamento alla legittimità.

7. Caratteri vari delle presunzioni relative alla filiazione legittima 35-38
8. Caratteri ed effetti del mezzo concesso dalla legge per distruggere la presunzione della legittimità del figlio nato entro centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio . . 38-41
8 *bis*. Se l'omissione o l'inammissibilità del disconoscimento possa coprire la qualità di adulterino che avesse il figlio per essere stato concepito quando uno dei suoi genitori era legato in altro matrimonio 42-46
9. Casi nei quali l'art. 161 del codice civile vieta eccezionalmente il disconoscimento della paternità, pel figlio concepito prima del matrimonio durante cui nacque 46-52

Num. Pagine

10. Se quei casi debbano riguardarsi come enumerati tassativamente dalla legge 52-63
11. Casi in cui si può disconoscere la paternità pel *figlio concepito durante il matrimonio* 63-68
12. 1) Della causa di disconoscimento della paternità, dipendente dalla *fisica impossibilità di coabitazione* del marito colla moglie. 68-79
13. 2) Dell'altra causa, derivante dalla *legale separazione dei coniugi* 79-94
14. 3) Dell'altra causa, consistente nella *manifesta impotenza del marito* 94-103
15. 4) Della quarta causa di negazione della paternità, per *adulterio* commesso dalla moglie 103-118
16. Della prova delle cause per le quali si può disconoscere la paternità 118-122

SEZIONE III

Delle azioni relative allo stato di filiazione legittima.

17. Nozioni generali. Partizione della materia 122-130

§ I. — *Dell'azione in reclamazione di stato legittimo.*

18. Principii generali 130-139
19. Chi possa esercitare l'azione in reclamazione di stato . . . 139-141
19*bis*, I. Personalità dell'azione appartenente al figlio per far dichiarare il proprio stato legittimo 141-154
19*bis*, II. Caratteri giuridici dell'azione spettante agli eredi del figlio circa la reclamazione dello stato legittimo di lui . . 154-161
19*bis*, III. Caratteri giuridici dell'azione esercibile dai discendenti del figlio per la reclamazione di stato legittimo 161-166
20. Condizioni, subordinatamente alle quali la detta azione può essere promossa o proseguita dagli eredi o discendenti o dagli aventi causa del figlio 166-178
21. Imprescrittibilità dell'azione in reclamazione di stato . . . 178-180
22. Effetti della sentenza che pronunci sull'azione predetta . . 180-188

§ II. — *Dell'azione in contestazione di stato legittimo*

23. Principii generali 188-190
24. Da quali persone e contro chi si possa esercitare l'azione in contestazione di stato 190-193
25. Se essa debba considerarsi come inerente esclusivamente alle persone alle quali sia attribuita 193-195
26. Se sia trasmissibile 195-197
27. Se sia alienabile 197-206
28. Se sia prescrittibile 206-213
29. Della *cosa giudicata* in materia di contestazione di stato . 213-215

§ III. — *Dell'azione in contestazione di legittimità.*

30. Principii generali 215-220
31. Da quali persone e contro chi si possa esercitare l'azione in contestazione di legittimità 220-222

Num. Pagine

32. Se essa debba considerarsi come *esclusivamente personale*, e come *intrasmissibile, inalienabile, imprescrittibile* . . . 222-225
33. Della cosa giudicata in materia di contestazione di legittimità 225-237
34. Disposizione dell'articolo 169 circa la contestazione di legittimità del figlio *nato dopo trecento giorni dallo scioglimento od annullamento del matrimonio* 237-239
35. Quale sia veramente lo stato del figlio in questo caso . . . 239-249
36. Quale, all'opposto, sia lo stato del figlio nato *entro i trecento giorni* dallo scioglimento o annullamento del matrimonio 249-251
37. Considerazioni generali intorno ad alcune difficoltà che possono presentarsi nell'applicazione pratica della disposizione dell'articolo 169. 251-256

37*bis*, I. Del caso di conflitto tra la presunzione di legittimità del figlio nato entro 300 giorni dallo scioglimento od annullamento del matrimonio, e la possibile presunzione di un'altra paternità legittima 256-267

37*bis*, II. Del caso di conflitto della predetta presunzione di legittimità, colla prova d'una paternità illegittima 268-274

§ IV. — *Dell'azione in disconoscimento di paternità.*

38. Principii generali 274-277

38*bis*, I. Come sia da applicarsi il principio che si può agire in disconoscimento di paternità contro il figlio che sia di diritto in possesso dello stato legittimo per ciò che risulta dal suo atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile . 277-281

38*bis*, II. Dubbi relativi al disconoscimento di paternità che vogliasi intentare contro chi, mancando di *titolo* per lo stato di figlio legittimo, ne abbia però il *possesso di fatto* . . . 281-285

38*bis*, III. Se possano esservi casi nei quali sia proponibile l'impugnazione della paternità, non ostante che il convenuto non possegga nè di diritto nè di fatto lo stato di figlio legittimo 286-294

38*bis*, IV. Se dalla reclamazione di stato intentata dal figlio, che non abbia nè di diritto nè di fatto il possesso dello stato legittimo, possa il marito difendersi col disconoscere la paternità sua, e se contro questo mezzo di difesa sia opponibile la decadenza pel trascorrimento dei termini stabiliti dall'articolo 166 294-300

39. Caratteri dell'azione in disconoscimento di paternità . . . 300-306

39*bis*, I. Se l'azione per impugnare la paternità sia da qualificarsi come *strettamente inerente alle persone* a cui la legge espressamente l'attribuisce 306-311

39*bis*, II. Trasmissibilità dell'azione predetta 311-314

39*bis*, III. Se la stessa azione sia da considerarsi come *inalienabile* 314-315

39*bis*, IV. Quali applicazioni possano farsi all'azione in negazione di paternità, del principio che, come cosa fuori di commercio, quest'azione non può formare oggetto di alcuna convenzione, rinunzia o transazione 315-322

39*bis*, V. Della prescrittibilità dell'azione in disconoscimento di paternità 322-323

40. Riferimento alle dottrine sviluppate precedentemente, intorno alle cause per le quali può essere impugnata la paternità. Partizione della materia 323-324

A) *Delle persone dalle quali e contro le quali può essere intentata l'azione in disconoscimento.*

Num. Pagine

41. Riferimento ai principii generali precedentemente esposti, per quanto risguardano le persone che possono promuovere l'azione in disconoscimento 325-326
42. Applicazioni del principio che l'azione, in quanto si fonda sopra un interesse essenzialmente morale, appartiene esclusivamente al marito 327-328
43. Applicazioni del principio che l'azione, in quanto si fondi sopra un interesse soltanto pecuniario, appartiene esclusivamente agli eredi del marito 329-340
44. Applicazioni del principio che l'azione attribuita al marito è esclusivamente personale a lui 340-347
44*bis*. Se l'azione in disconoscimento d'un figlio partorito dalla moglie di un assente possa essere esercitata dai presunti eredi immessi nel possesso dei beni di lui 347-358
45. Applicazioni del principio che non è esclusivamente personale agli eredi del marito l'azione ad essi appartenente . . . 359-360
46. Applicazioni del principio che l'azione è sempre suscettibile di rinunzia, tanto considerandola come appartenente al marito quanto agli eredi 360-362
47. Se gli eredi possano proporre l'azione per tutte le cause che la renderebbero esercibile in favore del marito 362-364
48. Conseguenze dell'appartenere divisamente a ciascuno degli eredi del marito l'azione ad essi attribuita 364-365
49. Massime fondamentali risguardanti le persone contro le quali dev'essere intentata l'azione in disconoscimento 365-367

B) *Dei termini entro i quali l'azione in disconoscimento di paternità dev'essere promossa.*

50. Considerazioni e principii generali intorno ai termini per esercitare l'azione in disconoscimento 368-371
50*bis*, I. Se il decorso dei predetti termini costituisca una *prescrizione estintiva* dell'azione. Caratteri fondamentali per cui si distinguono in generale dalla prescrizione i semplici termini il cui decorso reca decadenza da certi diritti od azioni 371-374
50*bis*, II. Continuazione dello stesso argomento 375-381
50*bis*, III. Differenze intercedenti tra i diversi termini stabiliti dagli articoli 166 e 167 del codice civile 382-385
51. Del caso in cui il marito sia stato presente nel luogo della nascita del figlio, al tempo in cui essa avvenne 385-392
52. Del caso che al tempo della nascita del figlio il marito fosse assente 392-400
53. Del caso che la nascita del figlio sia stata occultata con frode al marito 400-401
54. A chi spetti l'onere della prova circa la decorrenza dei termini eccezionalmente concessi al marito pei casi di assenza di lui o di occultazione fraudolenta della nascita del figlio . 401-411
55. Principii generali risguardanti la decorrenza del termine prefisso agli eredi del marito per impugnare la legittimità del figlio 411-418

Num. Pagine

55*bis*, I. Il predetto termine non può essere protratto per nessuna causa; nè sono invocabili per analogia le disposizioni degli ultimi due alinea dell'art. 166 418-420

55*bis*, II. Concetti a cui si è conformato il legislatore nello stabilire il punto di decorrenza del termine conceduto agli eredi del marito per impugnare la legittimità del figlio . . . 420

55*bis*, III. In qual senso, nell'articolo 167, sia parlato dell'essere *entrato il figlio nel possesso dei beni del marito defunto* . 421-423

55*bis*, IV. Caratteri delle *turbative di possesso*, che, commesse dal figlio contro gli eredi del marito, fanno luogo alla decorrenza del termine a questi ultimi conceduto per impugnare la legittimità del figlio stesso 423-429

56. Se il marito o gli eredi possano mai agire anche prima che comincino a decorrere i termini stabiliti per l'esercizio dell'azione? 429-431

56*bis*, I, *a*) Se sia ricevibile l'azione in disconoscimento che venga proposta dal marito prima della nascita del figlio? . 431-432

56*bis*, II, *b*) Se il marito, non presente al tempo e nel luogo della nascita del figlio, possa proporne il disconoscimento anche prima del proprio ritorno? 432-433

56*bis*, III, *c*) Se gli eredi del marito, prima ancora d'essere stati turbati nel possesso dei beni ereditari del figlio, possano promuovere contro di lui l'azione in disconoscimento? . 433-435

57. I termini prefissi, tanto al marito quanto agli eredi, non potrebbero mai essere prorogati col mezzo di atti estragiudiziali 435-436

C) *Delle forme di procedimento nel giudizio d'impugnazione della paternità.*

58. Principii generali relativi al giudizio d'impugnazione della paternità legittima 436-443

58*bis*. Se possano intervenire in giudizio i creditori del figlio, o gli eredi della madre predefunta? 443-447

59. Del curatore che dev'essere nominato al figlio in questo giudizio 447-453

59*bis*. Da chi debba essere nominato il curatore 453-454

60. Ragioni e significato della regola che *nel giudizio dev'essere in tutti i casi chiamata la madre* 455-458

60*bis*, I. Se la madre abbia qualità per poter appellare, in proprio nome e nell'interesse del figlio, dalla sentenza che abbia accolta l'azione in disconoscimento? 458-460

60*bis*, II. Se la madre, chiamata in giudizio, possa astenersi dal comparire 460-461

D) *Degli effetti della sentenza che pronuncia sull'azione in disconoscimento.*

61. Principii generali intorno agli effetti della sentenza che pronuncia sull'azione in disconoscimento 462-463

61*bis*, I. Quando sia da considerarsi come figlio semplicemente naturale, e quando sia da reputarsi adulterino quello contro il quale sia stata accolta l'azione di disconoscimento . . 464-466

61*bis*, II. Se gli effetti della cosa giudicata in materia di negazione di paternità si estendano generalmente a tutti gl'interessati, in virtù della indivisibilità dello stato delle persone 466-468

Num. Pagine

62. Principii generali intorno agli effetti della sentenza pronunciata ad istanza d'alcuni soltanto degli eredi del marito, o contro alcuni soltanto degli eredi del figlio, a fronte degli altri eredi del marito o del figlio rispettivamente . . . 469-473
62*bis*. Applicazione dei predetti principii al caso che l'azione in disconoscimento sia stata intentata da alcuni soltanto degli eredi del marito 473-476
63. Principii generali intorno agli effetti della sentenza che decide sul disconoscimento, rispetto a coloro che, giusta la legge, non abbiano potuto prender parte al giudizio 476-479
63*bis*, I. Del caso che la sentenza sia stata proferita a fronte di alcuni soltanto degli eredi del marito 479-484
63*bis*, II. Del caso che la sentenza sia stata proferita contro alcuni soltanto degli eredi del figlio 484-486
63*bis*, III. Della possibile contrarietà fra giudicati, relativi alla filiazione paterna legittima, che siano stati proferiti tra diversi eredi del figlio, o tra diversi eredi del marito . . . 486-488
64. Se il marito possa rinunziare al benefizio della sentenza con cui sia stata accolta l'azione in disconoscimento 488-496
65. Particolarità relative al caso in cui l'azione essendo stata promossa dai possessori provvisori o definitivi dei beni del marito assente, l'assenza cessi 496-499
65*bis*, I. Se la sentenza, che abbia accolta l'azione in disconoscimento del figlio, proposta dagl'immessi in possesso dei beni del marito assente, conservi l'autorità di cosa giudicata a profitto del marito stesso ritornato dall'assenza? . . . 499-503
65*bis*, II. Se faccia stato contro il marito ritornato dall'assenza il giudicato con cui sia stata respinta l'azione in disconoscimento del figlio, proposta dagl'immessi in possesso dei beni dal marito stesso 503-504
65*bis*, III. Se il marito ritornato dall'assenza possa rinunziare alla sentenza che, sulle istanze degl'immessi in possesso dei beni di lui, abbia accolta l'azione in disconoscimento . . 504

Sezione IV.

Delle prove della filiazione legittima.

66. Principii generali. Partizione della materia 504-518

§ I. — *Della prova della filiazione legittima col mezzo dell'atto di nascita.*

67. Elementi di prova che si contengono nell'atto di nascita relativamente alla filiazione legittima 519-526
68. Condizioni necessarie affinchè l'atto di nascita faccia prova della filiazione legittima 527-528
68*bis*, I. Se possa provarsi la filiazione legittima con un atto di nascita in cui manchi qualcuna delle condizioni generalmente richieste per gli atti dello stato civile? 528-530
68*bis*, II. Del caso d'inadempimento dei requisiti speciali prescritti per gli atti di nascita, particolarmente per ciò che risguarda le persone dalle quali deve essere fatta la dichiarazione 530-534

Num. Pagine

68*bis*, III. Del caso che la dichiarazione di nascita sia stata fatta dopo trascorso il termine stabilito dalla legge 534-539
68*bis*, IV. Del caso che l'atto di nascita sia irregolare nelle enunciazioni particolari richieste dall'art. 375 c. c. 540-541
69. Effetti della prova risultante dall'atto di nascita relativamente alla filiazione legittima 541-545
69*bis*, I. Se e con quali mezzi possa quella prova essere combattuta 545-548
69*bis*, II. Del caso che la dichiarazione di nascita non sia stata fatta dai genitori, personalmente nè col mezzo di procuratore speciale, ma da qualcuna delle altre persone indicate nell'art. 373 c. c. 548-549
69*bis*, III. Del caso che la dichiarazione di nascita sia stata fatta da ambidue i genitori 549-552
69*bis*, IV. Del caso che la dichiarazione di nascita sia stata fatta dalla madre, o da persona munita di suo speciale mandato 552-554
69*bis*, V. Del caso che la dichiarazione di nascita sia stata fatta dal padre, o da un suo procuratore speciale 554-557
70. Divisibilità delle varie risultanze dell'atto di nascita. Applicazioni di questo principio 557-560
71. Necessità di provare, quando sia contestata, l'identità del figlio. Come possa farsi questa prova 560-564

§ II. — *Della prova della filiazione legittima col mezzo del possesso di stato; e degli effetti della conformità di questa prova con quella risultante dall'atto di nascita.*

72. Principii generali intorno alla prova della filiazione legittima, desumibile dal possesso di stato 565-571
72*bis*, I. Se sia divisibile la prova del possesso dello stato di figlio legittimo, rispetto alla filiazione materna ed alla filiazione paterna 571-575
72*bis*, II. Del possesso dello stato di figlio legittimo in relazione alla famiglia di ciascuno dei genitori 575-576
72*bis*, III. Caratteri che devono riscontrarsi nei fatti costituenti il possesso dello stato di figlio legittimo 577-578
72*bis*, IV. Effetti speciali della prova risultante dal possesso dello stato di figlio legittimo 578-581
73. Necessità che manchi il titolo consistente nell'atto di nascita per dar luogo alla prova di filiazione legittima mediante il possesso di stato 581-585
74. Quali siano i fatti costituenti il possesso di stato della filiazione legittima 585-587
74*bis*. Come i fatti predetti possano essere provati, e come si possa far luogo a prova contraria 588-590
75. Continuità necessaria a verificarsi nel possesso di stato . . 590-593
76. Effetti della prova della filiazione legittima mediante il possesso di stato 594-595
77. Principii intorno agli effetti della prova risultante dal titolo e dal possesso, che siano conformi 596-599
77*bis*, I. Condizioni necessarie perchè si renda applicabile la disposizione dell'art. 173 c. c. 600-601
77*bis*, II. In quali casi sia per eccezione ammissibile la prova

Num. Pagine

testimoniale contro i risultamenti conformi dell'atto di nascita e del possesso dello stato di filiazione legittima . . 601-605

77*bis*, III. A quali azioni contrarie alla legittimità della filiazione possa esservi luogo, non ostante la conformità dell'atto di nascita col possesso di stato 605-606

§ III. — *Della prova della filiazione legittima col mezzo di testimoni.*

78. Principii fondamentali intorno a questo mezzo speciale di prova della filiazione legittima 607-614

78*bis*, I. Determinazione degli oggetti sui quali deve vertere la prova per testimoni della filiazione legittima 614-615

78*bis*, II. In quali casi possa essere ammessa la detta prova . . 615-618

79 *a*) Della mancanza di titolo e di possesso di stato 618-621

80 *b*) Della esistenza di un titolo senza possesso, nel qual titolo il figlio sia stato iscritto sotto falsi nomi 621-627

80 *bis*. Se a rendere ammissibile la prova testimoniale, nel caso che il figlio reclamante sia stato iscritto nel suo atto di nascita sotto falsi nomi, sia necessario proporre querela di falso 627

81 *c*) Della esistenza del possesso senza titolo 627-628

82 *d*) Della esistenza d'un titolo e d'un possesso contrari alle pretensioni del figlio e contraddittori fra loro 628-630

83 *e*) Della conformità del titolo e del possesso, ma con supposizione o sostituzione di parto 630-631

84. La prova della filiazione legittima col mezzo di testimoni non è mai ammissibile se non concorrendo le condizioni stabilite nell'alinea dell'art. 174. Conciliazione di questa disposizione coll'altra dell'art. 364 c. c. 631-638

84*bis*, I. Caratteri del principio di prova per iscritto, necessario a rendere ammissibile la prova testimoniale 638-641

84*bis*, II. Esame dei vari documenti dai quali, secondo l'art. 175, può risultare il principio di prova per iscritto 641-644

85. Requisiti necessari a verificarsi affinchè per *presunzioni* ed *indizi* si possa supplire alla mancanza d'un principio di prova per iscritto 644-646

85*bis*. Quali siano i fatti che possono costituire presunzioni od indizi gravi, a senso dell'art. 174, al., e con quali mezzi possano essere provati 646-648

86. Ammissibilità e mezzi della *prova contraria*, che può essere somministrata da chi contesti la reclamazione di filiazione legittima appoggiata alla prova testimoniale . . 648-655

87. Effetti della prova della filiazione legittima, data col mezzo di testimoni 655-661

INDICE DEGLI ARTICOLI DEL CODICE CIVILE

spiegati in questa Parte I del Volume VI.

Articoli	Numeri	Pagine	Articoli	Numeri	Pagine
159	5-6	17-20	172	74	587-589
160	4-4 *bis*	7-17	»	75	590-593
161	6-6 *bis*	19-34	»	76	594-595
»	8-8 *bis*	38-41	173	77	596-599
»	9-10	47-63	»	77 *bis*, I	600-601
162	11-12	63-79	»	» II	601-605
163	13	79-94	»	» III	605-606
164	14	94-103	174	78	607-614
165	15	103-118	»	78 *bis*, I e II	614-618
166	50-54	368-411	»	79 *a*)	618-621
167	39 e seg.	300-323	»	80 *b*)	621-626
»	55 e seg.	411-429	»	80 *bis*	627
»	56 *bis*, III	433-435	»	81 *c*)	627-628
168	49	365-367	»	82 *d*)	628-630
»	58-60	436-461	»	83 *e*)	630-631
169	34-35	237-249	»	84	631-638
»	37 e seg.	251-274	»	85	644-646
170	68-71	527-564	»	85 *bis*	646-648
171	72	565-571	175	84 *bis*, I	638-641
172			»	» II	641-644
»	72 *bis*, I	571-575	176	86	648-655
»	» II	575-576	177	18	135-136
»	» III	577-578	»	19 *bis*, III	163-164
»	» IV	578-581	»	21	178-180
»	73	581-585	178	19-20	139-178
»	74	585-587	—	—	—